



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(COORDINADORES)

EL CONTROL DEL PODER

LIBRO-HOMENAJE A
DIEGO VALADÉS

Liminar de
LUIS CERVANTES LIÑÁN

Edición al cuidado y Nota Preliminar de
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

TOMO II

Óscar Alzaga Villamil • Manuel Aragón • Carlos Ayala Corao • Daniel A. Barceló Rojas • Paulo Bonavides • Allan R. Brewer-Carías • Joaquín Brage Camazano • Raúl Canosa Usera • Miguel Carbonell • Edgar Carpio Marcos • Jorge Carpizo • José Luis Cea Egaña • Rubén Correa Freitas • Virgilio Afonso Da Silva • José Afonso Da Silva • Alberto Ricardo Dalla Via • Ivo Dantas • Giuseppe De Vergottini • Francisco José Eguiguren Praeli • Ruy Samuel Espíndola • Gerardo Eto Cruz • Francisco Fernández Segado • Eduardo Ferrer Mac-Gregor • Raúl Gustavo Ferreyra • Héctor Fix-Zamudio • Pedro J. Frías • Domingo García Belaunde • Eduardo García de Enterría • Jorge Mario García Laguardia • Sergio García Ramírez • Héctor Gros Espiell • Peter Häberle • Ricardo Haro • José Vicente Haro García • Antonio María Hernández • Rubén Hernández Valle • Hans-Rudolf Horn • Arturo Hoyos • César Landa • Pablo Luis Manili • Jorge Miranda • Humberto Njaim • Humberto Nogueira Alcalá • Dieter Nohlen • José F. Palomino Manchego • Lucio Pegoraro • Javier Pérez Royo • Gerardo Prado • Humberto Quiroga Lavié • André Ramos Tavares • Fernando Reviriego Picón • Giancarlo Rolla • Néstor Pedro Sagüés • Pedro Salazar Ugarte • Rubén Sánchez Gil • José M^a. Serna de la Garza • Jorge Silvero Salgueiro • Graciela Soriano de García-Pelayo • Emilio Suñé Llinás • Jorge Reinaldo Vanossi • Adrián Ventura • Gustavo Zagrebelsky • Arturo Zaldívar • Francisco Zúñiga Urbina • *et al.*

18



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

CUADERNOS DEL RECTORADO

**EL CONTROL
DEL PODER**

**LIBRO-HOMENAJE A
DIEGO VALADÉS**



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(COORDINADORES)

EL CONTROL DEL PODER

LIBRO-HOMENAJE A
DIEGO VALADÉS

Liminar de

LUIS CERVANTES LIÑÁN

Edición al cuidado y Nota Preliminar de

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

TOMO II

Óscar Alzaga Villamil • Manuel Aragón • Carlos Ayala Corao • Daniel A. Barceló Rojas • Paulo Bonavides • Allan R. Brewer-Carías • Joaquín Brage Camazano • Raúl Canosa Usera • Miguel Carbonell • Edgar Carpio Marcos • Jorge Carpizo • José Luis Cea Egaña • Rubén Correa Freitas • Virgilio Afonso Da Silva • José Afonso Da Silva • Alberto Ricardo Dalla Via • Ivo Dantas • Giuseppe De Vergottini • Francisco José Eguiguren Praeli • Ruy Samuel Espíndola • Gerardo Eto Cruz • Francisco Fernández Segado • Eduardo Ferrer Mac-Gregor • Raúl Gustavo Ferreyra • Héctor Fix-Zamudio • Pedro J. Frías • Domingo García Belaunde • Eduardo García de Enterría • Jorge Mario García Laguardia • Sergio García Ramírez • Héctor Gros Espiell • Peter Häberle • Ricardo Haro • José Vicente Haro García • Antonio María Hernández • Rubén Hernández Valle • Hans-Rudolf Horn • Arturo Hoyos • César Landa • Pablo Luis Manili • Jorge Miranda • Humberto Njaim • Humberto Nogueira Alcalá • Dieter Nohlen • José F. Palomino Manchego • Lucio Pegoraro • Javier Pérez Royo • Gerardo Prado • Humberto Quiroga Lavié • André Ramos Tavares • Fernando Reviriego Picón • Giancarlo Rolla • Néstor Pedro Sagüés • Pedro Salazar Ugarte • Rubén Sánchez Gil • José M. Serna de la Garza • Jorge Silvero Salgueiro • Graciela Soriano de García-Pelayo • Emilio Suñé Llinás • Jorge Reinaldo Vanossi • Adrián Ventura • Gustavo Zagrebelsky • Arturo Zaldívar • Francisco Zúñiga Urbina • *et al.*

18



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

CUADERNOS DEL RECTORADO

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro
por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los Coordinadores y de los autores.

© 2012, UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

© 2012, PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

© 2012, MAGNA EDICIONES

Composición e impresión:



magna
EDICIONES

ediciones.magna@gmail.com
www.agendamagnawordpress.com
T (51 1) 9995 40968

**Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2010 - 07605**

ISBN : 978-612-45674-4-5

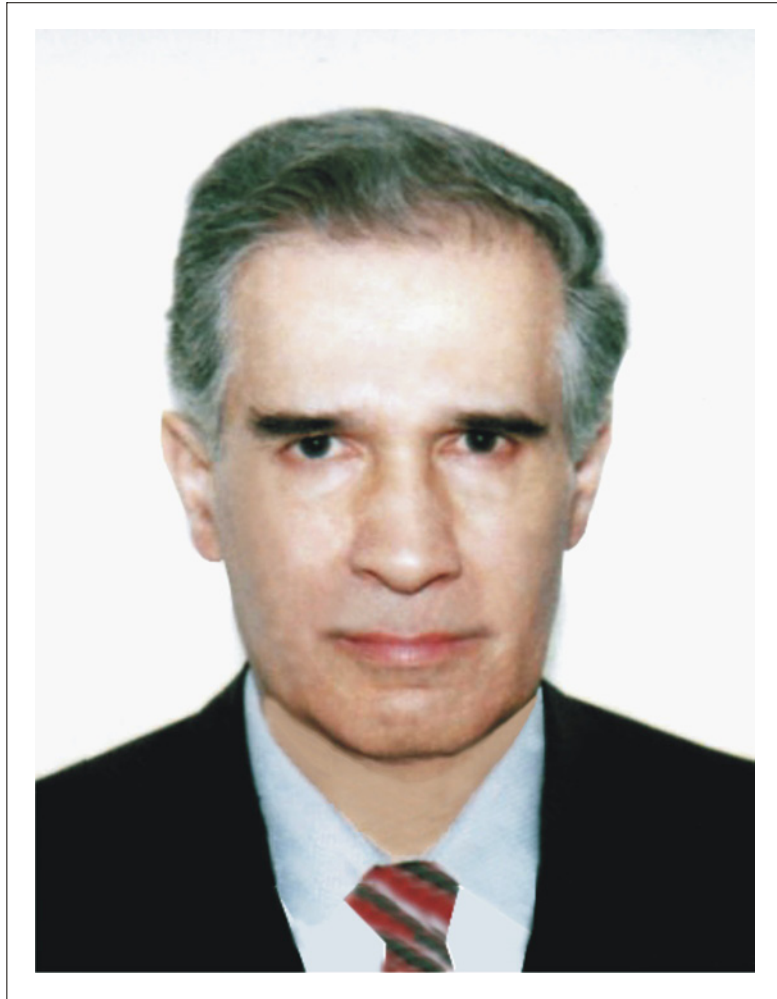
Primera edición marzo de 2012

Fecha de impresión marzo de 2012

Impreso en Perú

Tiraje: 1000 ejemplares

Tomo II



E. Walsh

COORDINADORES

PETER HÄBERLE

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

COMITÉ CIENTÍFICO

PAULO BONAVIDES (Brasil)

JORGE CARPIZO (México)

GIUSEPPE DE VERGOTTINI (Italia)

PEDRO DE VEGA (España)

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (México)

ANTONIO M. HERNÁNDEZ (Argentina)

BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

38

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

Rector: LUIS CERVANTES LIÑÁN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Decano: JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Miembros fundadores

- Manuel BARQUÍN
- Germán J. BIDART CAMPOS (†)
- Jorge CARPIZO
- Héctor FIX-ZAMUDIO
- Pedro José FRÍAS (†)
- Domingo GARCÍA BELAUNDE
- Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- Manuel GARCÍA-PELAYO (†)
- Mario JUSTO LÓPEZ (†)
- Alberto MENESES-DIREITO
- Luiz PINTO FERREIRA (†)
- Humberto QUIROGA LAVIÉ
- Luis Carlos SÁCHICA
- Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
- Diego VALADÉS
- Jorge R. VANOSI
- Enrique VÉSCOVI (†)

SECCIÓN PERUANA

Presidente

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Secretario

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

ÍNDICE GENERAL

– LIMINAR DE LUIS CERVANTES LIÑÁN	xxix
– PRESENTACIÓN DE PETER HÄBERLE Y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	xli
– NOTA PRELIMINAR DE JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	xliii
– BIO-BIBLIOGRAFÍA DE DIEGO VALADÉS	xiv

TOMO I

I) SOBRE DIEGO VALADÉS

HOMENAJE A DIEGO VALADÉS HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (México)

Homenaje a Diego Valadés	3
--------------------------------	---

DEDICATORIA A DIEGO VALADÉS PETER HÄBERLE (Alemania)

I. Diego Valadés como científico	15
II. Diego Valadés como “genio organizativo”	17
III. Diego Valadés como “homme de lettre”	18

LOS PRIMEROS PASOS DE DIEGO VALADÉS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (Perú)

I. Indicación preliminar: Razones para ocuparse del autor y de su producción bibliográfica	19
--	----

ÍNDICE GENERAL

II. Caracteres generales del libro “La dictadura constitucional en América Latina”	23
III. Recapitulación y conclusiones	34

**EL PRESIDENCIALISMO EN LATINOAMERICA,
SIGUIENDO LA DOCTRINA
DE DIEGO VALADÉS
HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
(Argentina)**

El Presidencialismo en Latinoamérica, siguiendo la doctrina de Diego Valadés	35
--	----

**LA OBRA DE DIEGO VALADÉS COMO
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS DE LA UNAM (1998-2006)
HÉCTOR FIX FIERRO
(México)**

I. Preámbulo	41
II. Entre la tradición y la innovación	42
1. Publicaciones	42
2. Eventos	45
3. Biblioteca jurídica virtual	46
4. Nuevas áreas y métodos de investigación	46
5. Crecimiento de la planta académica y renovación generacional	47
6. Presencia y prestigio del Instituto en México y el extranjero	48
III. Epílogo	48

**A PROPÓSITO DE LOS «PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL
ESTADO DE DERECHO» EN DIEGO VALADÉS
SERGIO DÍAZ RICCI
(Argentina)**

I. Introducción	49
II. Origen	52
III. Estado y Derecho	55
IV. Caracteres	56

ÍNDICE GENERAL

V. Consecuencias	59
VI. Finalidad	61
VII. Tipos	65
VIII. Caso argentino	69
IX. Legitimidad	70
X. Conclusión	72

II) DERECHOS FUNDAMENTALES

O DIREITO À PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA QUINTA GERAÇÃO

PAULO BONAVIDES
(*Brasil*)

1. A era da legitimidade	75
2. O flagelo das ditaduras constitucionais	76
3. Vicissitudes da evolução constitucional do Brasil ao tempo do Império	77
4. Em países periféricos não vinga Estado de Direito sem Estado Social: a necessidade precípua de preservar a soberania e fazer da paz um direito	78
5. O direito à paz, um direito fundamental de nova dimensão	80

LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CARLOS AYALA CORAO
(*Venezuela*)

Introducción	85
1. El ámbito europeo	87
2. El ámbito interamericano	88
3. El ámbito africano	90
4. El sistema universal	91
5. La internacionalización del Derecho Constitucional. Los derechos constitucionales y los derechos humanos	92
6. El Derecho Internacional Humanitario	93

7. El Derecho Internacional de la Integración	94
8. La responsabilidad internacional del Estado y de grupos paraestatales	95
9. La responsabilidad internacional de la persona humana	96
A. La Jurisdicción Universal	96
B. Los tribunales penales internacionales	97
C. El Tribunal Internacional de Justicia	97
10. Algunas sombras y resistencias	98
11. Luces y avances	100
A. Argentina	101
B. Perú	101
12. El carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos	103
13. Algunas nuevas fronteras de la mundialización de los derechos	104

**EL AMPLIO HORIZONTE DE LAS REPARACIONES EN LA
JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

(México)

Homenaje a un eminente mexicano	111
I. Parte general. Las reparaciones: Fundamento y fines	113
1. Un precepto fecundo	114
2. La interpretación jurisdiccional: un amplio horizonte	115
3. Naturaleza y fines	119
4. Deber de reparar en función del hecho y del autor	120
5. Regulación de derecho internacional	121
6. Características y complicaciones	122
7. Procedimiento	124
8. Autocomposición	125
II. Parte especial. Las reparaciones: Categorías y especies	126
1. <i>Restitutio</i> . Proyecto de vida	127
2. Garantía actual y futura	128
3. Indemnización. Costas y gastos	130

ÍNDICE GENERAL

4. Medidas de derecho interno	133
5. Deber de justicia	135
6. Otras formas de reparación	136
III. Cumplimiento	139
Colofón	140

**REFORMA DEL ESTADO Y DERECHOS
FUNDAMENTALES: ALGUNAS PROPUESTAS**

MIGUEL CARBONELL
(México)

1. Introducción: los derechos fundamentales en la encrucijada del cambio estatal	143
2. Propuestas	146
A) La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978	146
B) La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones –no solamente las postales– privadas	148
C) Derecho a la posesión y portación de armas	149
D) Principio de lesividad	151
E) Principio de proporcionalidad	154
F) La reserva de Código Penal	158
G) Lectura de derechos	160
3. Conclusión	164

**EL DERECHO DE COMUNICARSE,
UN INSTITUTO SUECO**

ADRIÁN VENTURA
(Argentina)

1. Protección en tres de las cuatro leyes constitucionales	166
2. Una ley de 1766	167
3. Importancia de la libertad de prensa en Suecia	168
4. Una protección completa	173

III) CONTROL DEL PODER Y SUS MODALIDADES

LOS PROBLEMAS DEL CONTROL DEL PODER Y EL AUTORITARISMO EN VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

(Venezuela)

Introducción	177
I. El desdibujamiento del sistema de separación de poderes y la concentración del poder en el régimen autoritario venezolano	180
II. El sometimiento del Poder Judicial en el Estado autoritario venezolano	184
III. La centralización del poder en la “federación descentralizada” venezolana y la ausencia de real participación política en el autoritarismo venezolano ...	189
IV. El poder electoral sometido, la demolición del multipartidismo y las limitaciones a la libertad de expresión en el autoritarismo venezolano	193
Apreciación final	202

LAS PREGUNTAS PARLAMENTARIAS EN EL CUADRO DE LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN DEL PARLAMENTO ITALIANO. REFLEXIONES COMPARATIVAS

LUCIO PEGORARO

(Italia)

1. Cuestiones metodológicas	205
2. Cuestiones semánticas	207
3. Formas de gobierno y control parlamentario	211
4. El contexto italiano	214
5. La disciplina positiva	216
5.1. Preguntas de respuesta escrita	216
5.2. Preguntas de respuesta oral	217
5.3. Urgencia y tiempos	218
5.4. La respuesta del gobierno	219
5.5. Preguntas de respuesta inmediata	220
6. Valoraciones conclusivas	223

**EL CONTROL DEL PODER Y LA DEMOCRACIA.
REFLEXIONES GENERALES. EL CASO URUGUAYO**

HÉCTOR GROS ESPIELL

(Uruguay)

I. El Poder y los Regímenes Políticos	227
II. El ejercicio del Poder y la Legitimidad	230
III. El Control del Poder y la Democracia	231
IV. Formas del Control del Poder necesarias en la Democracia	233
V. La Democracia, el Control del Poder y la experiencia histórico política uruguaya	236
VI. La experiencia uruguaya sobre el control del poder	247

**LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
COMO MODALIDAD DEL CONTROL DEL PODER**

RAÚL CANOSA USERA

(España)

1. Introducción. Controles políticos y controles jurídicos	249
2. La Constitución como dispensadora de legitimidad democrática. La posición del supremo intérprete de la Constitución	252
3. Finalidad de la interpretación constitucional	254
a) Defensa de la fórmula política y despliegue de la fuerza normativa de la Constitución	255
b) Control de la regularidad formal y material de los actos del resto de los poderes constituidos	255
c) Integración del ordenamiento jurídico e interpretación conforme a la Constitución	256
d) Racionalización de lo político	257
e) Creación del sentimiento constitucional	257
4. Objeto y canon de la interpretación constitucional	258
5. Efectos de las resoluciones del supremo intérprete de la Constitución. La vinculación de su interpretación	259
6. Las sentencias interpretativas como deferencia hacia el legislador democrático	261
7. Método de interpretación constitucional	265
8. Conclusión	268

**INTERVENCIONES JUDICIALES EN
CONTROVERSIAS POLÍTICAS**

HANS-RUDOLF HORN
(Alemania)

1. Introducción	271
2. Origen y divulgación de la revisión judicial	273
3. Intervenciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos	276
4. La justicia constitucional en Alemania	278
5. Intervenciones judiciales en la posguerra alemana	280
6. Miseria y esplendor de intervenciones judiciales	283
7. Control del poder en el contexto político	287

**EL PODER DE DIRIGIR.
LA DIRECCIÓN POLÍTICA EN EL SISTEMA
PRESIDENCIAL MEXICANO**

DANIEL A. BARCELÓ ROJAS
(México)

1. El concepto de dirección política en el ordenamiento constitucional mexicano	293
2. El origen teórico de la separación intensa de poderes del sistema presidencial y su superación por la ingeniería constitucional del siglo XX ...	304
3. El Presidente: de ejecutor de la ley a director del programa legislativo en el Estado social y democrático de derecho	314

**PODER LOCAL, GOBERNABILIDAD
Y DESCENTRALIZACIÓN**

GERARDO PRADO
(Guatemala)

1. Palabras preliminares	321
2. Poder local	324
3. Gobernabilidad	334
4. Descentralización	337
5. Conclusiones	343
6. Bibliografía	345

**LA FUNCIÓN CONTRALORA Y SU VIGENCIA EN
LAS DISTINTAS EXPRESIONES DE LO PÚBLICO**

GRACIELA SORIANO DE GARCÍA-PELAYO
(Venezuela)

1. Los significados de lo público	347
2. El Estado	348
3. En el origen: personalismo e institucionalización	349
4. La sociedad y “lo privado”	349
5. Entrando en el problema	350
6. Un proceso multiseccular	350
7. Los comisionados, los oficiales y el rey	351
8. Control recíproco y personificación del poder	352
9. La responsabilidad	353
10. La función, la norma y el control	354
11. Norma, responsabilidad y procedimientos	354
12. Crisis y retroceso de la función contralora	356
13. Lealtad vs calificación	357
14. La debilidad de la función contralora	358
15. Gómez institucionalizador: el Estado y la Contraloría	358
16. Otra vez ¿lealtad o calificación? ¿Personalismo o institucionalización?	360
17. Hacia tiempos más recientes	361
18. En tiempos muy recientes	362

**O PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE:
POSSIBILIDADE DE CONTROLE CORRETIVO EXERCITÁVEL
PELO PARLAMENTO BRASILEIRO**

ANDRÉ RAMOS TAVARES
(Brasil)

1. Previsão e limites do poder regulamentar no Brasil	367
2. Sentido da dualidade de controle (Político e Jurídico) de atos normativos secundários	369
3. Formas de controle do poder regulamentar	371
4. O controle pelo Parlamento e seu reconhecimento pelo Judiciário	372

ÍNDICE GENERAL

5. Conclusoes	374
6. Referências bibliográficas	375

**CONTROL DEL PODER, SUPREMA
CORTE Y JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO**

ARTURO ZALDÍVAR
(México)

Control del poder, Suprema Corte y Juicio de Amparo en México	377
---	-----

**EL CONTROL DEL PODER EN
PROCESOS DE TRANSICIÓN**

DIETER NOHLEN
(Alemania)

1. Dedicatoria	387
2. Consideraciones preliminares	388
3. Alemania	389
4. España	391
5. México	393
6. Consideraciones finales	395
7. Bibliografía selecta	396

**ANTEJUICIO Y JUICIO
POLÍTICO EN EL PERÚ**

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI
(Perú)

1. Consideraciones generales	399
2. El Antejjuicio en la Constitución de 1979	401
3. El Antejjuicio o Juicio Político en la Constitución de 1993	403
4. El procedimiento de Acusación Constitucional en el Reglamento del Congreso	409
5. La posibilidad de revisión judicial de las sanciones impuestas por el Congreso en el Antejjuicio o Juicio Político: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional destituidos por el Congreso	410
6. La diferenciación entre Antejjuicio y Juicio Político establecida por el Tribunal Constitucional	416

ÍNDICE GENERAL

6.1. El Antejudio Político	417
6.2. La potestad del Congreso de aplicar sanciones por los delitos de función declarados por el Poder Judicial	418
6.3. El Juicio Político por infracción constitucional	419
7. ¿Hay realmente diferencia entre Juicio Político y Antejudio en la Constitución de 1993?	421
8. Las infracciones de la Constitución: el problema de su tipificación y sanción en el Juicio Político	426
9. Algunas conclusiones y reflexiones finales	428
10. Bibliografía básica	433

**CONTROL Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
FINANCIERA PÚBLICA**

JORGE REINALDO VANOSSI
(Argentina)

1. Introducción	437
2. Control de la administración financiera	439
3. “Superpoderes”: ¿Un estado de sitio económico y social de carácter permanente?	445
4. El control es la antesala de la responsabilidad	450
5. Conclusión: La falla comienza por el régimen fiscal caótico y confuso	457

**CONTROL DEL PODER Y TRÁNSITO
ENTRE GOBIERNOS: GOBIERNO EN FUNCIONES Y DESPACHO
ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS**

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN
(España)

I. Introducción	460
II. El despacho ordinario de los asuntos públicos y la diferente naturaleza de los supuestos de cese	466
III. El indulto y la extradición en nuestro ordenamiento	473
1. El indulto	473
2. La extradición y entrega	477
IV. Dos resoluciones judiciales contradictorias	480

ÍNDICE GENERAL

1. El Gobierno en funciones de marzo de 2004	480
2. La sentencia de 20 de septiembre de 2005 (Sección 6ª de la Sala Tercera)	485
3. La sentencia “ <i>overruling</i> ” de 2 de diciembre de 2005 (Pleno)	488
4. La necesaria delimitación casuística del contenido negativo de la prerogatio gubernamental no encuentra aquí a nuestro parecer competencias vedadas <i>per se</i> , sino supuestos (tanto el indulto como la extradición) que se enmarcan normalmente en la actividad de estos períodos.	500

**LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO
EN EUROPA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
(España)

La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa	503
---	-----

**LAS FUNCIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER EN
LATINOAMÉRICA**
JORGE SILVERO SALGUEIRO
(Paraguay)

I. El pensamiento de Diego Valadés: el estudio comparado de las culturas jurídicas	515
II. Las reformas estructurales en Chile, México, Paraguay y Perú	518
1. Chile	518
2. México	521
3. Paraguay	522
4. Perú	524
III. Las transformaciones funcionales de la Jurisdicción Constitucional	526
IV. Elementos para una teoría funcional de la Jurisdicción Constitucional	531

**CONTROL DEL PODER JUDICIAL, PONDERACIÓN Y OBJETIVIDAD EN
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA
(Brasil)

1. Ponderación, objetividad y control	535
2. Problema y preguntas	536

3. La objetividad posible	538
4. Sopesamiento y garantía de objetividad	539
4.1. Aspecto metodológico	539
4.2. Aspecto teórico	543
4.3. Aspecto institucional	546
5. Conclusión	549
6. Bibliografía citada	549

IV) CONSTITUCIÓN Y PODERES DEL ESTADO

DIVERSOS ASPECTOS PERSONALES Y SOCIALES EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

JORGE CARPIZO
(México)

I. Dedicatoria	555
II. Preocupaciones y propuestas sobre la procuración de justicia	556
III. La procuración de justicia en el contexto moral del país	561
IV. El factor personal en la procuración de justicia	567
V. Tipología de los procuradores	571
VI. La responsabilidad de la sociedad en la procuración de justicia	576

O REFERENDO E O PLEBISCITO: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

JORGE MIRANDA
(Portugal)

1. Sobre o referendo em geral	583
2. O referendo em Portugal	587
3. O Direito referendário português	590
4. A singularidade do referendo português	591
5. O objecto e as perguntas do referendo	593

ÍNDICE GENERAL

6. A realização do referendo	594
7. A fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade dos referendos	595
8. Participação nas campanhas referendárias	596
9. Efeitos do referendo nacional	597
10. A violação do comando referendário	599
11. A prática do referendo nacional	600
12. A prática do referendo local	602

**LA GARANZIA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE
NELL'EPOCA DELL'INTERDIPENDENZA
DEI BENI COSTITUZIONALI**

GUSTAVO ZAGREBELSKY
(Italia)

1. Le norme costituzionali indeterminate e lo “spostamento di potere”	603
2. Sostanza e forma nel giudizio di costituzionalità delle leggi	606
3. Impotenza del diritto costituzionale chiuso	609
4. Costituzionalismo universale?	613
5. Comparazione e cooperazione costituzionale	616
6. L'ultima parola	619

**A CONSTITUIÇÃO E A ESTRUTURA
DE PODERES**

JOSÉ AFONSO DA SILVA
(Brasil)

1. O sentido da Constituição de 1988	623
2. A organização do poder	624
3. O sistema representativo	625
4. O sistema eleitoral	627
5. Votação distrital e eleição proporcional	631
6. O sistema de governo	633
7. O funcionamento do Estado	635

8. As reformas e o sentido da Constituição	635
9. Conclusão	638

**EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE CONSTITUCIÓN:
RELEVANCIA PARA EL SISTEMA POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL**

HUMBERTO NJAIM

(Venezuela)

I. La tipología de García-Pelayo sobre los conceptos de Constitución, especialmente el concepto sociológico: sentido y aplicabilidad	642
II. Repercusión de la tipología en la doctrina y la enseñanza	644
III. El paradigma sentado por Lasalle	647
IV. La presencia de los conceptos de Constitución en una específica, la venezolana de 1999	649
V. El tipo sociológico en la interpretación constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano	652
VI. La concepción sociológica en el ámbito político venezolano	658
VII. Reflexiones provisionales aunque finales	661

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

PABLO LUIS MANILI

(Argentina)

I. Introducción	667
II. El concepto de Constitución y el Derecho Internacional Público	668
III. El concepto de Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario	670
IV. El concepto de Constitución y la Filosofía del Derecho	671
V. El concepto de Constitución y la Ciencia Política	672
VI. El concepto de Constitución y la Sociología	674
VII. Constitución y Cultura	675
VIII. El concepto de Constitución y la Historia	676
IX. La Constitución Formal y la Material	677
X. El Bloque de Constitucionalidad	679
XI. Conclusiones	687

**A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA:
O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA
(Brasil)

A Constituição como Garantia da Democracia: o Papel dos Princípios Constitucionais	689
Bibliografia	701

COSTITUZIONE E REGOLE DI INGAGGIO

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
(Italia)

Premessa	705
1) Principi costituzionali e regole di ingaggio	706
2) La definizione delle ROE come regole di razionalizzazione dei comportamenti implicanti uso delle armi	708
3) Regole di ingaggio e sistema delle fonti normative	710
4) I contenuti sostanziali delle regole di ingaggio	712
5) Fondamento e condizionamenti normativi: la sottoposizione al sistema positivo delle fonti	713
6) I caratteri del procedimento di adozione	717
7) La mancata tipizzazione delle regole di ingaggio e principio di legalità	720
8) Un tentativo di ricostruzione del concetto di “regola di ingaggio”	721
9) Una riflessione conclusiva	724

**EL SENADO ESPAÑOL: DE SUS AGUAS TRANQUILAS AL TORBELLINO
DE SU POSIBLE REFORMA (LA VIGENCIA DE UNA VIEJA CUESTIÓN:
QUID CUSTODET CUSTODES)**

ÓSCAR ALZAGA VILLAMIL
(España)

1. Consideraciones introductorias: bicameralismo en el horizonte del siglo XXI	727
2. La experiencia operativa del Senado español desde 1978 y, en particular, el desempeño de su función de representación territorial, de su función legislativa de Cámara de segunda lectura y de sus funciones de control del Gobierno	731
3. Los conatos de reforma constitucional producidos hasta hoy	732

4. Funciones asumibles por el Senado en su hipotética reforma	733
5. La problemática de una nueva composición de la Alta Cámara. Simetría y Asimetría. Circunscripciones. Elección directa o indirecta	737
6. El debate de la reforma del Senado por la doctrina	740
7. Las dificultades para llevar a la práctica los propósitos reformistas	740

**EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN
EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL**

**Instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y
tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del
desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales**

**ARTURO HOYOS
(Panamá)**

1. El valor cambiante de la Constitución. Los cinco grandes temas en que se proyecta el valor de la Constitución en la actualidad	743
2. La protección y desarrollo de la Democracia. El triunfo de la Democracia y el peligro de las presidencias imperiales y de las democracias plebiscitarias	746
3. Un nuevo constitucionalismo. La constitucionalización de la política y del Derecho Privado	755
4. La Constitución, la consagración y tutela de los derechos fundamentales y el control de la competencia por el poder y su ejercicio	760
5. La Constitución como una de las bases del desarrollo económico	763
6. La Constitución como modelo para las relaciones internacionales: la constitucionalización del Derecho Internacional	764

**LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONDICIONANTES:
UNA REFLEXIÓN A LOS TREINTA AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR**

**JAVIER PÉREZ ROYO
(España)**

1. La Monarquía como presupuesto del proceso constituyente y como resultado del mismo	770
2. Las Fuerzas Armadas	774
3. La mención de la Iglesia Católica y el derecho a la educación	775
4. La composición de las Cortes Generales	777
5. La estructura del Estado	779
6. Conclusión	783

7. Bibliografía	783
-----------------------	-----

EL PODER POLÍTICO Y LA DEMOCRACIA

RUBÉN CORREA FREITAS

(Uruguay)

1. Introducción	785
2. Concepto del Poder Político	787
3. Evolución histórica	789
4. El principio de “separación de poderes”	790
5. La ética en el ejercicio del Poder	792
6. El sistema político democrático	794
7. La corrupción del Poder Político	795
8. Conclusiones	797

**V) DESCENTRALIZACIÓN
Y FEDERALISMO**

**CARACTERÍSTICAS DEL REGIONALISMO EN LOS SISTEMAS
CONSTITUCIONALES A VARIOS NIVELES.**

UNA APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO

GIANCARLO ROLLA

(Italia)

1. Procesos federativos y procesos devolutivos	801
2. Las principales formas organizativas del principio de autonomía: la alternativa entre regionalismo homogéneo y regionalismo diferenciado ...	806
3. El afianzamiento de sistemas constitucionales a varios niveles	811
4. Los elementos caracterizadores de la autonomía constitucional de las comunidades territoriales: en particular la relevancia del principio participativo	814
5. Los criterios para el reparto competencial entre el Estado y las Regiones: una perspectiva sintomática de las formas de Estado	818
6. Principio de autonomía y sistema de fuentes	826

PRESIDENCIALISMO Y FEDERALISMO EN ARGENTINA

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

(Argentina)

I. Introducción	831
II. El presidencialismo argentino	832
A. El Presidencialismo en el texto originario de 1853	832
B. La reforma constitucional de 1994 y la atenuación del presidencialismo	835
C. El hiperpresidencialismo	841
III. El federalismo argentino	843
A. Etapas del federalismo normativo	844
B. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional	854
1. La Ley convenio de coparticipación impositiva	855
2. El destino del gasto público federal	859
3. La insuficiencia del avance del proceso de integración regional	859
4. El no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo	860
5. Las leyes de Financiamiento Educativo y Nacional de Educación	860
6. La falta de autonomía “plena” para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	860
IV. La interacción entre federalismo e instituciones representativas	861
V. Conclusiones	863

SISTEMA PRESIDENCIAL Y FEDERALISMO

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA

(México)

I. Descentralización e Integración en los sistemas federales	865
II. El principio de colaboración	866
1. España	868
2. Alemania	868
3. EUA	869
4. Suiza	869

5. Bélgica	870
6. Austria	870
III. El esquema de las relaciones inter-gubernamentales en México	872
IV. Conclusiones	874

VI) JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

KELSEN EN PARÍS: UNA RONDA EN TORNO AL “MODELO CONCENTRADO”

DOMINGO GARCÍA BELAUDE
(Perú)

1. Un viaje olvidado	881
2. El encuentro de Viena en 1928	883
3. La ponencia de 1928 y su versión francesa	885
4. En el Instituto Internacional de Derecho Público de París	888
5. Los temas en cuestión	891
6. El debate en el Instituto	893
7. Lo que quedó del debate y algo más	895
8. Una victoria a largo plazo	897
Apéndice	898

EL CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN MÉXICO. TIPOLOGÍA DE RESOLUCIONES

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR *(México)*
RUBÉN SÁNCHEZ GIL *(México)*

I. Las reformas judiciales mexicanas (1994, 1996 y 2006)	907
II. Naturaleza de la acción de inconstitucionalidad	910
III. La sentencia constitucional	912
IV. Las sentencias de acción de inconstitucionalidad	918
V. Tipología específica de resoluciones en acción de inconstitucionalidad	924
1. Introducción y problemática	924
2. Invalidación por reducción del texto	927

ÍNDICE GENERAL

3. Interpretativas propiamente dichas (interpretación conforme e invalidez sin reducción textual)	928
4. Resoluciones “manipulativas” (restrictivas, aditivas y sustitutivas)	930
5. Resoluciones exhortativas	935
6. Otras resoluciones: apelativa y de aviso	936

**A PROPÓSITO DEL “JUEZ ACTOR”, DEL “JUEZ INVESTIGADOR”
Y DEL “JUEZ PRESERVADOR”, EN EL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL**

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
(Argentina)

1. Introducción	939
2. Las ideologías en juego. El activo “juez Hércules”	941
3. La contraposición ideológica: el garantismo	944
4. Recapitulación	947
5. Evaluación	950

LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

CÉSAR LANDA
(Perú)

I. Presentación	953
II. Constitución: fuente de creación del Derecho	955
2.1. Tribunal Constitucional: creador de Derecho	958
III. Tribunal Constitucional y fuentes del Derecho	963
3.1. La sentencia de inconstitucionalidad	964
3.2. El precedente vinculante	973
3.3. La jurisprudencia constitucional	986
IV. Conclusión	991

**LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

MANUEL ARAGÓN
(España)

1. Objetivo y estructura del presente trabajo	995
--	-----

ÍNDICE GENERAL

2. La pertinencia de la reforma	996
3. El <i>status</i> del Tribunal Constitucional	997
4. El recurso de amparo	1000
5. Los asuntos de Pleno	1006
6. El funcionamiento interno del Tribunal. Reglas comunes de procedimiento y régimen del personal	1009
7. Consideraciones generales: el significado de la reforma	1012
7.1. El alcance de la reforma	1012
a) Una reforma intensa de la LOTC	1012
b) Lo que la reforma no incluye	1013
7.2. La importancia de la reforma	1017
a) Transformación radical del recurso de amparo	1017
b) Cambios en el sistema de justicia constitucional	1021
c) Una precisión necesaria: el nuevo amparo-control no significa que el Tribunal Constitucional pierda por completo su dimensión de Tribunal de tutela de los derechos fundamentales, sino que se transforma el significado de dicha función	1023
d) Eficacia de la reforma	1023

**CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO.
NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

**GERARDO ETO CRUZ
(Perú)**

1. Excurso introductorio	1026
2. La enigmática tríada del poder y su legitimidad	1027
3. Acerca del control constitucional y sus presupuestos	1028
4. Características generales del control constitucional en la jurisdicción constitucional peruana	1032
5. La autopercepción del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional	1034
6. El control constitucional de las leyes de reforma constitucional	1036
7. El control constitucional de la facultad normativa del Poder Ejecutivo y de las prerrogativas presidenciales	1040

ÍNDICE GENERAL

7.1. El control constitucional de los decretos de urgencia	1040
7.2. El control constitucional del derecho de gracia presidencial.	1043
8. El control constitucional de las decisiones del Poder Judicial	1046
8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial	1048
8.2. El control de la motivación	1050
8.3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario	1052
9. El control constitucional de los actos del Ministerio Público.	1055
10. El control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.	1058
11. El control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura	1062
12. El control constitucional de la jurisdicción militar	1068

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

(España)

1. La razón de ser y el «iter» de la reforma de la LOTC	1075
2. Las modificaciones del régimen jurídico-procesal del amparo	1079
A) La objetivación del recurso de amparo	1080
B) La inversión del trámite de admisión	1092
C) La inadmisión del recurso	1097

A REPERCUSSÃO GERAL COMO PRESSUPOSTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

IVO DANTAS

(Brasil)

1. Preliminares. O art. 102, III, d da Constituição Federal	1110
2. A Argüição de Relevância prevista na EC 7/77 e a Medida Provisória n. 2.226, de 4.9.2001 como precedentes da repercussão geral na EC45/2004. O STF e a Doutrina	1114
3. A repercussão geral no Recurso Extraordinário prevista no art. 102 § 3º da EC 45/2004 da CF e a Lei nº 11.418/06	1119

4. A Emenda Regimental nº 21 do Regimento Interno do STF	1129
5. Nossa posição	1132
ANEXO	1137

VII) TEMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

INTERPELACIONES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 EN CHILE

Notas acerca del Control Político en el Presidencialismo
FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA
(Chile)

I. Prolegómenos	1141
II. Control político en un régimen presidencial	1144
III. Instrumentos de control político parlamentario y su reforma	1148
IV. Interpelación	1169
V. Interpelaciones en reglamento de la Cámara de Diputados	1177
VI. Conclusiones	1180

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA DE LA ARGENTINA: CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

RAÚL GUSTAVO FERREYRA
(Argentina)

§1. Planteo	1185
§2. Rasgos básicos	1187
§3. Conflictos entre poderes: La imprevisión constitucional	1189
I. La inconstitucionalidad de la reforma como conflicto de poderes	1189
§4. Invención de ideas. La laguna constitucional. Su comprensión. Juicio sobre a qué órgano constitucional compete adjudicar la potestad de control	1193
I. Consecuencia de la laguna constitucional: prohibición absoluta del control del proceso de reforma constitucional	1193
II. La reforma constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad y no viceversa	1196

III. Línea de acción de <i>constitutione ferenda</i>	1198
III. A. Encuadre	1198
III. B. Sugerencia para una eventual reforma constitucional	1198
III. C. Argumentos en contra	1200
III. D. Defensa de argumentos propios	1201
§5. Letras finales	1205

**PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA CONSTITUCIONAL:
ENFOQUE TEÓRICO Y CONCRECIÓN PRÁCTICA AL CASO CHILENO**

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

(Chile)

1. Origen y desarrollo de la concepción del poder constituyente	1210
2. El concepto de poder constituyente y su caracterización	1212
3. El poder constituyente derivado, sus límites y el control de constitucionalidad	1216
3.1. Caracterización del poder constituyente instituido o derivado	1216
3.2. Los procedimientos de actuación del poder constituyente derivado o de reforma constitucional pueden explicitarse a través de cinco modelos básicos	1220
4. Los límites a la reforma constitucional y su caracterización	1222
4.1. Límites explícitos e implícitos	1223
4.2. Los límites autónomos y heterónomos	1224
4.3. Límites absolutos y relativos	1224
4.4. Los límites autónomos expresos	1225
4.4.1. Los límites autónomos expresos impuestos por un constituyente derivado o por una reforma constitucional y su modificabilidad	1227
4.4.2. Los límites autónomos implícitos a la reforma constitucional.	1228
4.5. Los límites heterónomos al poder constituyente	1229
5. La reforma constitucional en Chile	1233
5.1. Los órganos que participan de la potestad constituyente instituida	1233
5.2. Procedimiento ordinario y extraordinario de reforma	1234
5.3. La sanción u observaciones del Presidente de la República y la insistencia del Congreso	1235

ÍNDICE GENERAL

5.4. Facultad presidencial para convocar a plebiscito	1236
5.5. El Tribunal Constitucional realiza la calificación del plebiscito y determina el texto de la reforma constitucional	1237
6. La Constitución chilena no establece procedimiento para la modificación total o sustitución de la Constitución por otra Carta Fundamental	1238
Bibliografía	1240

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL ELECTORAL MEXICANA
DE 2007 Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.
EL CONTROL DE UN PODER PRIVADO
DESDE EL PODER PÚBLICO**

PEDRO SALAZAR UGARTE
(México)

La reforma constitucional electoral mexicana de 2007 y los medios de comunicación. El control de un poder privado desde el poder público	1243
---	------

**REFORMA CONSTITUCIONAL Y CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD**

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE
(Costa Rica)

I. Introducción	1263
II. Antecedentes históricos	1264
III. El control de constitucionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica	1265
IV. La inconstitucionalidad de la Ley 4349 por un vicio de incompetencia	1265
1. Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado	1266
2. El Poder Reformador de la Constitución	1267
3. La distinción entre la reforma general y la reforma parcial de la Constitución	1269
4. El tratamiento de los límites del Poder Reformador de la Constitución en el Derecho Comparado	1270
a. La doctrina italiana	1270
b. La doctrina alemana	1271
c. La doctrina española	1272
V. La situación en el ordenamiento costarricense	1273
VI. La inconstitucionalidad de la Ley 4349 por el vicio de incompetencia	1276

VII. La praxis constitucionalmente latinoamericana en materia de reelección presidencial	1277
VIII. Conclusión	1277

**EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS
CONSTITUCIONALES EN VENEZUELA:
A PROPÓSITO DEL FRACASADO PROYECTO DE REFORMA
DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA PROPUESTO
EN EL AÑO 2007**

JOSÉ VICENTE HARO GARCÍA
(Venezuela)

Introducción	1280
I. Sentido y alcance del Proyecto de Reforma de la Constitución venezolana presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007 y aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional	1281
1.1. El intento de eliminar y restringir determinados Derechos Humanos en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 y aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional	1281
1.2. El intento de establecer en Venezuela un sistema socialista en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional	1282
1.3. El intento de modificar radicalmente la forma de Estado en Venezuela en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 aprobado por la Asamblea Nacional, o sobre la pretensión de pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado	1284
1.4. El intento de modificar aspectos político institucionales establecidos en la Constitución de 1999 en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 y aprobado por la Asamblea Nacional o de la pretensión de concentrar mayor poder y extender su ejercicio en el poder	1285
II. Principales razones para sostener que el Proyecto de Reforma Constitucional violaba los límites materiales que para ese tipo de modificaciones constitucionales prevé la Constitución venezolana de 1999 por infringir principios fundamentales de dicha Constitución	1285
III. Decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre acciones interpuestas contra el Proyecto de Reforma Constitucional o de cómo la justicia constitucional venezolana claudicó frente al poder del Presidente de la República	1289

IV. Naturaleza, alcance y límites de las reformas constitucionales: poniendo las cosas en contexto	1293
V. Los controles de la reforma constitucional con especial referencia al control ejercido por el órgano judicial encargado del control de la constitucionalidad y de ser el máximo y último intérprete de la Constitución ...	1298
Reflexiones finales	1301

**EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL EN EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ARGENTINA: ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS**

RICARDO HARO
(Argentina)

I. Aproximación doctrinaria a la distinción entre Constitución formal y material	1306
1. Primeros aportes de la doctrina constitucional	1306
2. Constitución y régimen político	1307
3. Conceptos de Constitución formal y material	1308
II. El poder constituyente formal y material	1309
1. Reseña del pensamiento de Sièyes sobre el poder constituyente	1309
2. El ámbito constitucional que exige la actuación del poder constituyente	1310
3. Caracterización y funciones del poder constituyente formal y del material	1312
4. Derecho Constitucional formal y material	1313
5. La conciencia constitucional y los jueces de los tribunales constitucionales ...	1314
III. Algunos casos paradigmáticos en los que la Corte Suprema ejerció el poder constituyente material	1315
1. Acción de amparo	1315
2. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad	1318
a) La reiterada negativa de su existencia	1318
b) El nacimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad	1319
3. Control de Oficio de Constitucionalidad	1320
a) Negativa al control de oficio de constitucionalidad	1320
b) Progresivo proceso en la Corte a favor del control de oficio	1321
c) La consolidación del control de constitucionalidad de oficio	1321

4. Intervención Federal	1322
5. Autonomía Municipal	1323
6. Supremacía de Tratados Internacionales	1324
7. Jurisdicción Internacional	1325
8. Establecimientos de Utilidad Pública Nacional	1326
9. Cuestiones Políticas	1327

VIII) MISCELÁNEA

MANIFIESTO PARA UNA NUEVA ILUSTRACIÓN

EMILIO SUÑÉ LLINÁS

(España)

Proemio.	1332
1. Principios de la nueva ilustración	1338
1.1. La muerte de la antigua Ilustración: ni libertad, ni igualdad, ni felicidad.....	1338
1.2. La nueva casta privilegiada del poder: La clase político-académico-mediática	1339
1.3. El áspero tacto de las urnas	1342
1.4. La Revolución Francesa, una revolución que nunca sucedió	1343
1.5. Derechos del Hombre, metecos... fascismo	1343
1.6. De los Derechos de la Mujer al sexismo feminista	1344
1.7. La división de poderes y otros ejercicios de –supuesta– arqueología política	1344
1.8. El vacío de nuestros días	1345
1.9. Vindicación de una Nueva Ilustración	1346
1.10. La nueva cultura cívica	1346
1.11. Hacia un nuevo Derecho	1347
1.12. Virtud democrática frente a corrupción demagógica	1348
1.13. La responsabilidad educativa es una responsabilidad de todos	1348
1.14. El talón de Aquiles de los medios de comunicación social	1348
1.15. Conclusiones preliminares	1349

2. Requisitos de un Estado legítimo o Estado respetable	1350
2.1. Enumeración de los requisitos del Estado legítimo	1350
2.2. El significado profundo de la Democracia	1350
2.3. Principio de Legalidad y Estado de Derecho	1351
2.4. Derechos Humanos y Ética Cívica	1351
2.5. Equilibrio de poder en el seno del Estado: División de poderes	1353
2.6. Equilibrio de poder entre Estado y sociedad civil: Una razonable dimensión del Estado	1353
2.7. Allá donde existe pobreza, el primer objetivo del Estado ha de ser erradicarla	1356
3. Nuevas cuestiones en el entorno global	1357
3.1. El principio federativo, como mecanismo de equilibrio de poder: Hacia una Federación Global	1357
3.2. Nación y Estado	1358
3.3. España, algo más que un Estado: Una Nación de naciones	1360
3.4. Los grandes transatlánticos culturales: La Comunidad Iberoamericana de Naciones	1361
3.5. El mundo es un ovillo... de fibra óptica: El nuevo capitalismo	1362
3.6. Un espacio global generador de una nueva cultura	1363
3.7. Una nueva política para un nuevo espacio: El ciberespacio metaespacial	1364
3.8. Hacia la Constitución del Ciberespacio y la Declaración de Derechos del Ciberespacio	1365

LOS SISTEMAS ELECTORALES COMPARADOS

ALBERTO RICARDO DALLA VIA

(Argentina)

1. Introducción	1367
2. Forma de gobierno	1368
3. Sistema de partidos	1370
4. Las normas constitucionales	1370
5. Sistema electorales. Efectos	1373
6. Otras variables	1375
7. Parte final	1376

**LUZ Y SOMBRA EN LA EVOLUCIÓN HACIA
EL ESTADO SOCIAL EN CHILE**

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA
(Chile)

Introducción	1379
I. Visión del Estado social	1379
II. Superación del Estado providente	1381
III. Supuestos	1382
IV. Imagen chilena	1383
V. Epicentro en el Estado	1386
VI. Inversión del proceso	1388
VII. Sinergia para la democracia	1390
VIII. Importancia del derecho	1392
IX. Reformas pendientes	1395
X. El futuro	1398
Epílogo	1400

**BICENTENARIO. 1808: CONSTITUCIÓN DE BAYONA.
LOS INICIOS DEL NUEVO RÉGIMEN EN CENTROAMÉRICA**

JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA
(Guatemala)

1. Los acontecimientos. Bayona. La Génesis de la Junta	1403
2. Noticias de Guatemala	1404
3. La Junta de Bayona y la Constitución	1408
4. Los diputados americanos	1412
5. El diputado por Guatemala	1414
6. Las decisiones políticas fundamentales	1416

**LA PRIMERA CÁTEDRA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

EDGAR CARPIO MARCOS
(Perú)

La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional	1421
--	------

CIUDADANOS PARA EL PAÍS QUE QUEREMOS

PEDRO J. FRÍAS

(Argentina)

Sociedad civil	1445
Tareas pendientes	1446
Una Argentina unida	1447

EL SENADO ESPAÑOL: DE SUS AGUAS TRANQUILAS AL TORBELLINO DE SU POSIBLE REFORMA. (LA VIGENCIA DE UNA VIEJA CUESTIÓN: *QUID CUSTODET CUSTODES*)

ÓSCAR ALZAGA VILLAMIL (*)
(España)

SUMARIO: 1. Consideraciones introductorias: bicameralismo en el horizonte del Siglo XXI. 2. La experiencia operativa del Senado español desde 1978 y, en particular, el desempeño de su función de representación territorial, de su función legislativa de Cámara de segunda lectura y de sus funciones de control del Gobierno. 3. Los conatos de reforma constitucional producidos hasta hoy. 4. Funciones asumibles por el Senado en su hipotética reforma. 5. La problemática de una nueva composición de la Alta Cámara. Simetría y Asimetría. Circunscripciones. Elección directa o indirecta. 6. El debate de la reforma del Senado por la doctrina. 7. Las dificultades para llevar a la práctica los propósitos reformistas.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: BICAMERALISMO EN EL HORIZONTE DEL SIGLO XXI

La experiencia acumulada sobre las cámaras altas hace que, a mi juicio, en nuestro tiempo carezca de sentido valorar su aportación a la ingeniería constitucional con el entusiasmo que prevalecía en los siglos XVIII y XIX o en la primera

(*) Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid).

mitad del XX. En efecto, cuando se reunieron nuestras Cortes Constituyentes en 1977-1978, aunque las mismas tenían, por imperativo de la Ley para la Reforma Política, una estructura bicameral, era notorio que ya había pasado en Europa la época dorada de los Senados. Y en la Europa continental democrática la realidad, que es tozuda, se había encargado de acreditar que la duplicación de la representación parlamentaria aportaba con demasiada frecuencia un inconveniente mecanismo de bloqueo de las políticas inspiradas por el Gobierno cuando éste disponía de mayoría en la Cámara baja pero no en el Senado.

En efecto, en la segunda parte del siglo pasado, el bicameralismo había perdido la mayor parte de su prestigio a los ojos de conservadores y –lo que no debe olvidarse– de socialistas. Valgan unos breves apuntes de recordatorio. Como es sabido, en Dinamarca hasta 1953 hubo dos asambleas parlamentarias, pero la reforma constitucional de tal año las redujo a una única Cámara. En 1958, las dificultades con que tropezaba el ejecutivo francés con los retrasos y frenos que imponía el Senado impulsó al General De Gaulle a incluir la reforma reduccionista de esta Cámara entre las cuatro reformas constitucionales que sometió a referéndum conjunto; éste se convirtió en un plebiscito que el anciano Presidente perdió, lo que desencadenó su dimisión. Algunos años después Noruega optó por una Cámara única (aunque con dos secciones) y su ejemplo fue seguido por Islandia. Esta corriente de opinión fue de alguna manera recogida por el líder socialista sueco Olof Palme, quien impulsó un consenso con las restantes fuerzas políticas de su país para suprimir el Senado, lo que se plasmó en el art. 1º del Capítulo 3 de la Constitución sueca de 1974. De otro lado, el bajo peso político de la Cámara de los Loes en Gran Bretaña había provocado ríos de tinta entre los constitucionalistas de aquellas latitudes, pero no se había decantado ninguna tesis mayoritaria en torno a una reforma que desembocase en un bicameralismo más igualitario. Tal convicción sobre la disfuncionalidad de la Cámara Alta fue asumida por la izquierda portuguesa, que impulsó el unicameralismo en su Constitución de 1976 (art. 150).

Es cierto que es lugar común en la doctrina sostener que el *declive senatorial* conoce una excepción, la del Senado en los sistemas federales. Pero ello aunque tiene parte de verdad, no es enteramente cierto pues el debate sobre las disfuncionalidades que emanan de la doble representación tiene una faceta común a todo bicameralismo, ya que al reproducir la representación popular mediante sistemas electorales y mapas de circunscripciones electorales distintos se pueden dar gobiernos sustentados en mayorías de la Cámara baja pero que se encuentren confrontados con una mayoría adversa sentada en la Cámara alta y ello, se trate o no de un Estado federal, encierra muchos más inconvenientes que ventajas para el buen gobierno de la comunidad política de que se trate.

Así, ya en 1977, el Senado –*Bundesrat*– de la República Federal Alemana –en cuya composición y funciones había ejercido notable influencia la obsesión de las potencias ocupantes por maniatar el poder del Canciller y evitar que Alemania volviese a ser una potencia mundial– constituía materia de polémica permanente entre constitucionalistas y políticos de su país, preocupados porque en numerosas legislaturas se convertía en la fuente de la que manaban numerosas parálisis de importantes políticas que intentaba impulsar el ejecutivo con el respaldo del *Bundestag*. Ello no ha hecho más que acrecentarse en los últimos años. La puesta en cuestión de senados *federales* la percibimos también fuera de Europa y así cabe traer también a colación, entre otros, el ejemplo de la llamada Cámara de Senadores mejicana, objeto en los últimos años de amplio debate sobre el indeseado *rol* de bloqueo que juega ante no pocos importantes proyectos presidenciales.

Por lo demás, el ejemplo señero del modelo norteamericano de 1787 no es un referente válido en los sistemas parlamentarios, aunque fuesen federales, en el continente europeo, donde los partidos políticos están articulados mediante una férrea disciplina desconocida en el presidencialismo del norte de la otra orilla del Atlántico.

Con este telón de fondo era lógico que nuestros Constituyentes diéramos a luz en 1978 un Senado de *bajo perfil*. UCD y PSOE consideraron que era lo mejor para asegurar la estabilidad del Gobierno y su capacidad de dirigir la política interior y exterior. Y, dicha sea toda la verdad, también para poder alcanzar un acuerdo sobre la composición de esta Cámara.

He empleado varias veces la expresión *ingeniería constitucional* y ello me obliga a formular alguna precisión, aunque sea en forma concisa. Sabemos que la dimensión clave de una Constitución estriba en la idea de “*control del poder político*”, pero el gran aprendizaje en el devenir del constitucionalismo contemporáneo, en la segunda parte del siglo XX, radica en que tal idea ha de compatibilizarse con que a la par sea viable la “*gobernabilidad*” de la comunidad política. Dicho en otros términos la ingeniería constitucional debe aportar fórmulas para lograr *el debido equilibrio entre que el poder esté controlado y a la vez sea eficaz*. En una democracia, el Gobierno no puede estar condenado por la Constitución a la impotencia. Y si eso debe ser hoy así en todo caso, aún era más imprescindible en una España que no parecía que fuese a contar con un bipartidismo estricto.

En efecto, la configuración, a través de las elecciones parlamentarias, de un Gobierno estable y capaz de desempeñar sus funciones con eficacia es el objeto central de estudio de la ingeniería constitucional. España ha tenido en gran parte de su Historia y, según me temo, conserva en los albores del Siglo XXI un sistema de partidos, en el eje derecha izquierda, que no tiende al centro sino a la bipolarización. La falta de capacidad de acuerdo entre tales partidos es un triste

dato de nuestra realidad y, entre otros efectos, potencia progresivamente los partidos nacionalistas periféricos que extraen casi a diario frutos de ese sistema de grandes partidos. Es decir nuestro sistema de partidos políticos se puede dibujar, en un eje de abscisas, siguiendo la terminología de Lipset y Rokkan, mediante dos curvas: La primera, de derecha a izquierda, perfila unos partidos nacionales en permanente conflicto. La segunda se cruza con la primera y describe la línea de los partidos nacionalistas y neo nacionalistas que buscan reducir progresivamente el poder de los órganos políticos centrales. Cuando el partido nacional más votado (PP o PSOE) no alcanza la mayoría absoluta al menos en el Congreso de los Diputados, ante su incapacidad de coaligarse entre sí –a diferencia del ejemplo que ofrece la actual mayoría parlamentaria alemana– ha de apoyarse en una u otra medida en partidos del eje de dimensión territorial centrífuga. Las limitaciones crecientes que ello conlleva para la gobernabilidad en 1978 las intuimos y hoy son bien conocidas; desde luego no abogan por otorgar más poder político a nuestra segunda cámara, que se dio en llamar de *representación territorial*. Lo obvio de la idea anterior me evita extenderme en su desarrollo.

En otras palabras, lo que nuestros constituyentes de 1978 intentaron (o intentamos) es evitar a un Gobierno que gozara de precaria mayoría en el Congreso de los Diputados pero no disfrutase de mayoría en el Senado el que se viera en debilidad manifiesta. Para ello, desde la experiencia europea de la época reacia a los excesos del bicameralismo y, desde la evidencia de que ya había nacido un Senado al calor de la Ley para la Reforma Política, se estableció conscientemente un sistema bicameral pero netamente desigual, en que la Cámara Alta no pudiese exigir responsabilidad política al Gobierno ni bloquear la obra legislativa del Congreso. Vista la experiencia de este largo cuarto de siglo de vigencia de nuestra Constitución tal precaución fue sabia.

Y esta orientación del mejor Derecho Constitucional Comparado europeo no ha cambiado en los albores del siglo XXI. La polémica sobre la necesidad de reducir las potestades del Senado en Alemania ahora es mucho más viva que hace treinta años, porque las últimas evidencias son tumbativas. Y no se nos diga que en buena parte de los países del Este europeo, que han salido de las llamadas “Democracias populares”, han optado en fechas recientes por el bicameralismo, puesto que se trata de regímenes –dicho sea con el debido respeto– cuyas ingenierías constitucionales y cuyas dinámicas políticas con demasiada frecuencia podrían constituir excelentes piezas en un Museo dedicado a las democracias manifiestamente mejorables, empezando, claro está, por la propia Rusia.

A estas alturas el único país solvente de Europa occidental que ha abierto un debate sobre la posibilidad de otorgar más poder político al Senado es el nuestro.

2. LA EXPERIENCIA OPERATIVA DEL SENADO ESPAÑOL DESDE 1978 Y, EN PARTICULAR, EL DESEMPEÑO DE SU FUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN TERRITORIAL, DE SU FUNCIÓN LEGISLATIVA DE CÁMARA DE SEGUNDA LECTURA Y DE SUS FUNCIONES DE CONTROL DEL GOBIERNO

En términos parcos podemos decir que el Senado español ha alcanzado el peso previsto por los constituyentes, de mera Cámara de acompañamiento del Congreso de los Diputados. Recuérdese que todos los senadores constituyentes con influencia política que aspiraron a seguir en la vida parlamentaria en las elecciones de 1979 se presentaron en las listas al Congreso de los Diputados, empujados por el propio Presidente de aquel Senado Constituyente, Antonio Fontán. A nadie le pasó desapercibido que se había dibujado en nuestra *Lex Superior* un sistema de bicameralismo que –aunque ya vivía en el contexto de las preautonomías y se percibía en el horizonte la rápida aprobación los Estatutos autonómicos– estaba construido sobre la piedra de la nítida preponderancia de un Congreso de los Diputados del que emanaba la investidura del Presidente del Gobierno, que podía ratificar o denegar la confianza, permitir que el Gobierno legislara mediante Decreto Ley y decir la última palabra en el desempeño de la función legislativa.

En el diseño de nuestra orquesta sinfónica parlamentaria (Títulos III y V) el Senado asume con toda dignidad *funciones de mero acompañamiento*, tanto en la función legislativa como en la tarea de control del Gobierno. Y de ello, como hemos apuntado, eran perfectamente conscientes los senadores constituyentes.

El Senado ha respondido según lo esperado por el constituyente. Ha sido una Cámara de segunda lectura de los proyectos de ley, utilizada por los partidos para acabar de debatir o de perfeccionar técnicamente leyes más o menos complejas; cuando el Gobierno ha gozado de respaldo mayoritario en dicha Cámara la ha dotado de mayor papel colegislador en dicha dimensión técnica y cuando se ha encontrado en minoría en su seno se ha limitado a capear el temporal rechazando las revisiones senatoriales a la hora de su retorno al Congreso. Y ha sido también una Cámara ejerciente de funciones de control dotadas de menor caja de resonancia que las que se desempeñan desde el Congreso. No es puramente una “Cámara de representación territorial” (y posiblemente no lo puede ser, pero sobre ello volveremos al contestar la cuarta pregunta), pues su estructura real, como toda la praxis constitucional española responde a lo que Andrea Manzella denominó acertadamente “maximalismos *grupocráticos*” y necesariamente es mero trasunto de las posiciones definidas por las direcciones de los partidos políticos. No ha creado problemas a la gobernabilidad de nuestro sistema constitucional. Tampoco ha creado frustración alguna en nuestra opinión pública. Sólo cabría decir que buena parte de los senadores no llevan bien su papel de *segundones*. No hay, me parece,

un problema del Sistema, sino todo lo más una apetencia, legítima si se quiere, de una parte de la clase política –incluidos los senadores, claro está– de que goce de un mayor relieve. Pero a ello se ha sumado el traslado a la posible reforma de la composición del Senado de ciertas pretensiones sobre la constatación del *hecho diferencial de sus nacionalidades* de algunas fuerzas políticas nacionalistas.

3. LOS CONATOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL PRODUCIDOS HASTA HOY

Las tres tentativas de reformar el Senado tienen un denominador común: Se producen en legislaturas donde el Gobierno se encuentra falto de mayoría absoluta en el Congreso y consiguientemente hipotecado por los apoyos que recaba de los grupos parlamentarios nacionalistas para poder legislar y aprobar los presupuestos.

En efecto, durante los Gobiernos del Presidente González, no se plantea la reforma de nuestra Cámara alta hasta que en su tercera y última legislatura como Presidente, ayuno ya de mayoría sólida en el Congreso, ha de ceder ante los nacionalistas para abrir el debate para la reforma del Senado, lo que se escenificó en el primer debate sobre el Estado de las autonomías (26/09/94) y generó los trabajos de una Ponencia que no pudo alumbrar consenso alguno para reformar el Senado entre otras razones por el empeño de los nacionalistas de exigir una diferenciación *in radice* entre los senadores provenientes de una *nacionalidad* y los que tuviesen su cuna en una *región*. Amén de que por entonces no se fraguó ninguna fórmula de consenso entre el PSOE y el PP para reformular la composición y funciones de la Cámara.

La segunda intentona tiene lugar durante el primer gobierno de Aznar, también minoritario, quien en el segundo debate sobre el Estado de las autonomías (11/03/97) postuló una inconcreta reforma del Senado, que prácticamente no llegó a tener desarrollo. A esas alturas ya estaba claro que el PSOE y el PP no tenían un terreno común de encuentro para diseñar un nuevo modelo de Senado y, por ello, tal reforma parecía inviable.

Le tercera, como conocemos, se gesta tras las últimas elecciones generales y el acceso a la Presidencia del Gobierno del Presidente R. Zapatero, también respaldado por un Partido que sólo había logrado mayoría simple de escaños en el Congreso. En el programa con que concurrió a su investidura incluyó la reforma de la Constitución sobre cuatro puntos, entre los que, claro está, se incluía la ya consabida reforma del Senado, aunque, al parecer, sin criterio concreto de cómo se podría consensuar la nueva composición y las nuevas competencias del mismo, lo que se evidenció en el tercer debate sobre el Estado de las autonomías (7/11/2005). El necesario milagro laico se confió al Consejo de Estado.

La lección que nos legan estas tres tentativas poco fructíferas hasta hoy es que se incoan por gobiernos minoritarios, de derechas o de izquierdas –que tanto ha dado a estos efectos– a instancias de los partidos nacionalistas que los apoyan más o menos puntualmente, aun a sabiendas de que se trata de esfuerzos baldíos a falta de un modelo compartido entre los dos grandes partidos nacionales sobre el *nuevo Senado* que pudiera sustituir al actual e imprescindible para reformar la Constitución. Es la experiencia de un callejón en el que se meten todos los gobiernos minoritarios pese a la evidencia de que es un fondo de saco sin salida alguna. Claro que estos amagos reformistas comportan un efecto virtuoso, el de sacarnos de la ociosidad y tenernos muy entretenidos a los profesores de Derecho constitucional.

La creación de la Comisión General de Comunidades Autónomas, plasmada en la reforma del Reglamento del Senado de 11 de enero de 1994, fue un intento, bien presentado ante la opinión, de potenciar el hipotético papel de *integración territorial* que correspondería al Senado, que en la práctica ha cosechado magros frutos y no podía ser de otra manera; y no sólo porque por vía de reforma reglamentaria obviamente no se pueden tocar las paredes maestras constitucionalizadas del edificio del Senado, sino también por que no se ha alumbrado doctrina segura alguna que nos exponga como nuestra Cámara alta puede en verdad desempeñar tal función integradora. Sobre ello tendremos ocasión de volver más adelante.

4. FUNCIONES ASUMIBLES POR EL SENADO EN SU HIPOTÉTICA REFORMA

No voy a entrar en un ensayo *de constitutione ferenda* sobre la infinidad de funciones que mi imaginación creativa estaría dispuesta a atribuir al Senado. Desde el modesto papel que le incumbe a un catedrático de la asignatura creo que debe evitar la tentación de sentirse por unos momentos poder constituyente constituido. Por lo demás, sabido es que el papel lo aguanta todo y consiguientemente cabe confiar al Senado una extensa lista de toda suerte de funciones parlamentarias, aunque me temo que ello en nada contribuiría a mejorar la gobernabilidad de nuestra realidad política.

Ahora bien, cuando se suscita esta cuestión suele aludirse a que, según razona la doctrina mayoritaria, la concepción –que se plasma en el art. 69.1 CE– del Senado como “Cámara de representación territorial” implica que al mismo *deben* atribuírsele toda una suerte de facultades que le permitirían ser tal género de Cámara e incluso contribuir a una mejor integración de las Comunidades Autónomas en el quehacer común del Estado.

La cuestión reviste mayor complejidad que la que se suele dar a entrever. Para empezar he de reconocer, con la debida modestia, mis limitaciones para, tras leer no pocas monografías sobre la materia, concluir como debemos leer hoy ese

flatus vocis, o *fórmula de retórica constitucional* (“Cámara de representación territorial”), que se contiene en el precepto que acabamos de citar. Creo que hay que ponderar toda una serie de datos para relativizar no poco dicha *fórmula*. Veamos:

- a) El precedente inmediato de la expresión reside en la Ley para la Reforma política de 1976 que concibió al Senado como Cámara destinada a representar *entidades territoriales*, con clara inspiración en el art. 24 de la Constitución francesa de 1958. Lo que obviamente no implicaba un “senado federal”.
- b) Ambas Cámaras de nuestras Cortes Generales –según reza el artículo 66.1 CE– representan al pueblo español. Como no podía ser de otra manera, para nuestra Constitución la representación democrática implica que no son los territorios sujeto de la representación parlamentaria; sólo lo es el pueblo español, en quien –conforme al art. 1.2 CE– “reside la Soberanía nacional” y del que “emanan los poderes del Estado” (obviamente también el de las dos Cámaras que componen las Cortes Generales).
- c) La mal denominada “representación territorial”, en la terminología del citado art. 69 CE alude a un cauce electoral, es decir, a unas demarcaciones electorales. De hecho conforme al artículo 69 reiteradamente citado el Senado se compone a través de la representación de la ciudadanía de diversos niveles territoriales constitucionalizados: Municipios (Ceuta y Melilla), Cabildos o Consejos Insulares, Provincias y Comunidades Autónomas; si bien, como sabemos, de las circunscripciones provinciales provienen cerca de las cuatro quintas partes de los senadores. Y no se diga que los senadores provenientes de las Comunidades Autónomas son minoritarios porque el constituyente no podía imaginar la generalización del sistema autonómico, ya que ello no es cierto, como acredita el primer Anteproyecto que produjo la Ponencia, que concebía un Senado integrado enteramente por representantes de las Asambleas autonómicas. La verdad es más simple, nuestro constituyente prefirió el Senado actual desde el más pragmático realismo político –otra cosa es que, naturalmente, su grado de acierto sea enteramente discutible– y temeroso de que un Senado dotado de mayores funciones y de una *legitimidad apoyada en nacionalidades y regiones* fuese escasamente funcional y se convirtiese en una fuente permanente de conflictos. Se mantuvo una estructura en gran medida análoga a la que había tenido el propio Senado constituyente. En ello juega un papel importante la *inercia* propia de todo sistema electoral, tantas veces puesta de manifiesto por la mejor politología y por los mejores ensayos de Derecho electoral del Siglo XX.
- d) Y si buscamos que el denominador común del Derecho comparado de los Estados federales (y el nuestro, como sabemos, no lo es, dicho sea entre

paréntesis) nos aclare que debe entenderse por *Cámara de representación territorial* permaneceremos faltos de criterio, pues tal expresión no ha acostumbrado a consagrarse en lo mejor del constitucionalismo federal.

La idea medular de la defensa de una reforma del Senado, primero en muy respetables colegas y luego en los gobiernos minoritarios apremiados por la necesidad de satisfacer presiones nacionalistas, que adecue la composición y funciones de nuestro Senado a la definición constitucional de *Cámara de representación territorial* me temo que –dicho sea con el debido respeto– es una idea algo superficial, como puramente semántica es esta *fórmula constitucional*.

Se nos puede decir, y ello ya es algo menos altisonante, pues no se debe plantear como *de principio*, que conviene ir a una composición del Senado estrictamente basada en la *representación de las Comunidades Autónomas*. Lo que aquí deseamos constatar finalmente es que la pretendida *representación territorial* no puede conducir a un “Consejo” de las Comunidades Autónomas; primero porque ello no sería una Cámara compatible con la concepción que nuestra Constitución tiene de Las Cortes Generales ni con su prohibición del mandato imperativo (art. 67.2), plenamente incompatible con el sistema de votación uniforme de los senadores de cada *Land*, que caracteriza al *Bundesrat* alemán (art. 51.3 de su Constitución de 1949); y segundo porque no parece ser clara la tesis de que la reforma –que habría de aceptar, como hemos apuntado, la ausencia de mandato imperativo de los Gobiernos o Asambleas de las Comunidades Autónomas y la realidad de que nuestra representación política pasa y pasará, con reforma o sin ella, por los cauces de los partidos, configurando al Senado en una estructura grupocrática trasunto de los partidos que han propuesto y financiado las candidaturas de los respectivos senadores– pueda conllevar una mayor integración de las Comunidades Autónomas en la búsqueda del interés general, pese a cuanto sostienen *de adverso* las numerosas y brillantes páginas de tantos colegas doctos.

Por el contrario, la pretensión de convertir el Senado en una *auténtica* Cámara de representación territorial –léase, mero reflejo de las diecisiete autonomías– podría ser el picaporte que abriese la puerta a la pretensión de los partidos nacionalistas de lograr una representación diferente y privilegiada para “las nacionalidades dotadas de hechos diferenciales” respecto de las Comunidades Autónomas de base regional. A la abundante *bibliografía de parte* publicada en los últimos años me remito. Las desigualdades y los privilegios se compadecen mal con la gran idea fuerza que ha servido de motor a los grandes cambios de la Europa del siglo XX, la igualdad, que no solo se predica respecto de los individuos, sino también para los grupos y pueblos (Preámbulo y art. 9.2 CE).

Se nos pregunta que otras nuevas funciones podría asumir el Senado. Adelanto que en la órbita de la función legislativa se debe ser cauto. Es cierto que un

amplio sector de nuestra doctrina ha especulado en la posibilidad de otorgar un mayor relieve al Senado en la tramitación, deliberación y aprobación tanto de leyes que incidan en las Comunidades Autónomas como en aquellas que se definen como de *relevancia autonómica*. Me temo que eso es jugar con *conceptos jurídicos indeterminados*, que llegado el caso concreto precisarían de concreción; y hay que preguntarse ¿por quién, por el Gobierno apoyado en la Cámara baja, si carece de mayoría en el Senado? Tales nuevas funciones serían una fábrica segura de conflictos constitucionales.

Claro que otra cosa sería si en vez de acudir a conceptos jurídicos indeterminados para extender las funciones legislativas de nuestra Cámara alta, nos refiriésemos a tipos de fuentes del Derecho definidos en la propia Constitución. Ello reportaría, en principio, un mínimo de seguridad jurídica.

Ahora bien, ¿en qué tipo de fuentes del Derecho reforzaríamos la función legislativa del Senado sin desmoronar los equilibrios básicos de nuestra ingeniería constitucional? Sólo hay dos casos claros y significativos para un *rol* determinante del Senado en el campo normativo y ya están recogidos en nuestra Constitución (arts. 167 y, sobre todo, art. 168.1) al regular la reforma constitucional. Pero estos son supuestos en que el Senado actúa como órgano del Poder constituyente constituido, que aporta una deseable nota de rigidez a la Constitución y la defiende del Poder legislativo constituido residenciado esencialmente en el Congreso de los Diputados.

Pero como Cámara alta, integrante de las Cortes Generales, en la aprobación, reforma o derogación de los diferentes tipos de normas que conoce el complejo sistema de fuentes del Derecho que consagra nuestra Constitución, mucho me temo que, por significativa que sea la relevancia autonómica de la norma de que se trate y por muy preciso que sea su tipo de fuente del Derecho (Estatutos de Autonomía, leyes de los tres apartados del art. 150 CE, leyes enunciadas en el art. 156.2 CE, LO previstas en el art. 157.3 CE, etc.) propiciar una reforma que dote al Senado de mayor peso en la función legislativa sería altamente disfuncional para la gobernabilidad. Salvo que el incremento del *rol legislativo* sea sólo cosmético, claro está. Intentaremos explicarnos brevemente.

No se puede concebir un mecanismo de primera lectura de un proyecto de *relevancia autonómica* en el Senado, que conlleve a favor de esta Cámara la necesidad de su aprobación para su ulterior remisión al Congreso, puesto que ello obviamente equivaldría a reconocer al Senado un veto suspensivo *a priori*. Cualquier mecanismo que permitiese al Gobierno sortear ese veto parecería *prima facie* una hábil solución, pero a la postre obligaría a preguntarse por el sentido y utilidad de un hipotético dispositivo ortopédico tan artificioso que vaciase de contenido la reserva de primera lectura en la sede del Senado.

Si se pensase en que para las aludidas leyes de *singular trascendencia para las Comunidades Autónomas* debe el Congreso de los Diputados precisar necesariamente de la mayoría simple del Senado se concedería a este otro tipo de veto (no en un primer momento sino en el segundo tiempo legislativo), que significaría para todo Gobierno que no gozase de mayoría en la Cámara alta la existencia de bloqueos crónicos, no coherentes con el sistema de confianza parlamentaria residenciada sólo en la Cámara baja.

Y si se ampliara, en general o para determinados supuestos, el plazo de tiempo en el que el Senado ha de desempeñar su función colegisladora se entraría igualmente en un terreno pantanoso y disfuncional; posiblemente ello sólo conduciría a que los distintos gobiernos abusasen aún más, si cabe, de los socorridos Decretos Leyes o que se descendiese aún más por el plano inclinado de tramitar por el procedimiento de urgencia casi todas las leyes ordinarias.

Por lo demás, no me inclinaría en absoluto por reformar el Senado sobre una filosofía *bilateralista*, es decir, como foro en que las Comunidades Autónomas *pactasen* entre sí y/o con el Estado. Ello es simplemente incompatible con la cohesión de un sistema estatal, incluido uno de corte federal dotado de una buena arquitectura constitucional. Lamento que la falta de espacio me impida extenderme sobre algo que creo evidente, pero que no parece serlo tanto para quienes propugnan que en el Senado se suscriban acuerdos entre Comunidades Autónomas limítrofes o entre el Estado y las Comunidades Autónomas afectadas por determinadas disposiciones o resoluciones que manen de instancias de la Unión Europea. Sin embargo yo estudiaría el perfeccionamiento de mecanismos de coordinación como el que aportan las Comisiones sectoriales.

5. LA PROBLEMÁTICA DE UNA NUEVA COMPOSICIÓN DE LA ALTA CÁMARA. SIMETRÍA Y ASIMETRÍA. CIRCUNSCRIPCIONES. ELECCIÓN DIRECTA O INDIRECTA

Como es bien conocido, los dos arquetipos de senados federales, el norteamericano y el suizo –éste matizadamente, tras la aprobación de su último texto constitucional– son de composición simétrica (igualitaria) por razones conceptuales, es decir, por la forma de entender la entre nosotros impropriamente llamada *representación territorial*. Aunque también es sabido que hay Cámaras altas, como el *bundesrat* alemán– con una composición en principio igualitaria, pero que refleja, por vía complementaria, la asimetría de la diversa población de los *Länder*. Es decir, la consulta del Derecho comparado no puede dar solución incuestionable a esta pregunta sobre la fórmula compositiva de nuestro Senado. Y discutir en abstracto sobre las virtudes y los vicios de la asimetría, aunque sea un camino recorrido por prestigiosos colegas –pienso, por ejemplo, en las aportaciones sen-

satas formuladas al respecto por el Prof. Trujillo—, es pertinente en esta dura tierra nuestra, pero no conduce necesariamente a amarrar en puerto seguro.

Si abordamos con el carácter sumario propio de esta encuesta la cuestión de la condición simétrica o asimétrica del Senado quizás quepa esquematizar la problemática a una doble faceta. La primera sería la del debate de fondo sobre los hechos diferenciales y los elementos comunes entre las diversas Comunidades Autónomas y la segunda la de la repercusión de los factores diferenciales en una composición asimétrica de la Cámara alta.

Empezando por unos parcos brochazos sobre la posible condición asimétrica de nuestro Estado Autonómico, creo que la misma ha de ser admitida en lo que tiene de reflejo de factores reconocidos constitucionalmente (porque lo que el *diferencialismo* tiene de alegato racial o cultural debe ser intrascendente a efectos jurídico constitucionales), a saber: lenguas cooficiales, derecho civil foral, peculiaridades fiscales, realidades insulares y poco más. La cuestión es si de tales datos asimétricos debe derivar un estatuto diferenciado de las *nacionalidades* titulares de tales “hechos diferenciales” a efectos de su presencia en el conjunto del Estado o no. Sabido es que suele citarse a Charles D. Tarlton como el primer teórico del Estado federal asimétrico, al hilo de su ya clásico estudio del modelo canadiense y del supuesto diferencial cultural y lingüístico de Québec. Pero ni Tarlton se nos muestra como un panegirista de la asimetría ni el federalismo canadiense ha construido un *status* diferenciado para el Estado federado de Québec. Y es que el concepto mismo de federalismo se asienta en la búsqueda de un equilibrio entre la unidad del sistema y los elementos diferenciales que reconoce el Estado. Es muy sensato dudar de la viabilidad de futuro que quepa esperar de un Estado Autonómico —o federal, si se quiere— que, alejándose de la salvaguardia de tal equilibrio, prime el “diferencialismo” para generar una dinámica crecientemente asimétrica. Se explica que tal tesis resulte útil a las pretensiones confederalizantes de los partidos nacionalistas pues su puesta en práctica desembocaría en privilegiar a su Comunidad respecto de las restantes y a diluir el valor del interés general de la comunidad política nacional y, en consecuencia, la cohesión estatal.

Trasladadas las premisas aludidas a una posible nueva composición del Senado, parece que la misma —aunque no se compartan, como ocurre en mi caso, las pretensiones nacionalistas centrifugadoras— debe partir de la búsqueda de una composición asimétrica del Senado, dadas simplemente las pronunciadas diferencias que en dimensión territorial y población muestran nuestras diversas Comunidades Autónomas. Ahora bien el tema es de una complejidad práctica endiablada. Para empezar imaginemos que para simplificar la respuesta a esta pregunta aceptamos la extendida opinión de que la segunda Cámara ha de ser esencialmente reflejo de la realidad autonómica (sin entrar ahora en el intrincado debate de si por las circunscripciones provinciales y/o insulares debe elegirse un pequeño nú-

mero de senadores y que representación se otorga a las ciudades de Ceuta y Melilla, que son sin duda realidades *territoriales*). Y supongamos que, como se ha apuntado, aceptamos una representación asimétrica no por *status* diferenciado y privilegiado sino simplemente por población o dimensión del territorio (recordemos la impropia expresión de “cámara de representación territorial”); pues bien, lo que tenemos entre manos es un complejísimo problema de asignar más o menos escaños a demarcaciones más o menos conservadoras, o más o menos izquierdistas o más o menos nacionalistas. Si la asimetría pondera básicamente la superficie del territorio se primará a Castilla-León y a Andalucía en menoscabo de, por ejemplo, la representación de Madrid. Pero si la asimetría se construye en función de la población una Comunidad uniprovincial como Madrid tendría en el Senado un número de senadores sensiblemente superior al que ahora la misma tiene y al que correspondería al País Vasco. Y según el sistema electoral que se aplicase una fuerza política como Izquierda Unida podría quedar sin representación senatorial en tales Comunidades o, por el contrario, disponer de ella. Pues bien, ¿hay algún profesor de Derecho constitucional tan angelical que piense que la cuestión de la composición del Senado se puede resolver en función meramente de propuestas provenientes del limbo académico? Mucho me temo que todos intuimos que como la orientación del voto no es la misma en las cuatro Comunidades traídas a colación por vía de ejemplo, Castilla y León, Andalucía, Madrid y el País Vasco, los intereses básicos de los partidos políticos emergen en esta materia con fuerza determinante y no permiten que la cuestión se resuelva de espaldas a los mismos.

Dicho lo anterior, quizás fuese lógico no emplear más tinta sobre esta cuestión. No obstante, apuntaré en pocas palabras dos consideraciones entre las muchas que cabe formular sobre la composición de la Cámara alta: a) Hay que partir, como siempre que se trata de dibujar la composición de una asamblea colegiada, de un número ideal de escaños y a este respecto la doctrina aporta poca luz; suele decirse que todo Senado es tradicionalmente una Cámara más reducida que el Congreso del país de que se trate y ciertamente suele ser así; ahora bien, ¿ello debe conducir a reducir el número actual de senadores o a ampliar el de Diputados?, puesto que en España la relación de número de diputados/dimensión del cuerpo electoral es bastante menor que la media europea. Tocar la composición del Congreso es hacer cirugía de corazón de alto riesgo, como parecen asumir los partidos (que no han utilizado en la ley electoral la posibilidad de utilizar el límite constitucional de cuatrocientos diputados) y empequeñecer el Senado afecta negativamente a los intereses de los partidos por dotar de comfortable asiento a sus dirigentes. He aquí un primer factor de freno de los afanes reformistas. b) Por lo demás creo que reportaría una mayor legitimidad ante la opinión pública un sistema electoral directo que uno indirecto; amén de que uno indirecto a través de las Asambleas de las Comunidades Autónomas en los casos en que las mismas se renuevan en fechas distintas al de las elecciones generales (con disolución previa

o sin ella) puede complicar adicionalmente al Gobierno el desempeño de sus funciones, sobre todo si se adentrase una reforma del Senado por el peligroso camino de reforzar sus competencias en perjuicio de la necesaria condición dirimente que debe de reconocerse al Congreso de los Diputados.

6. EL DEBATE DE LA REFORMA DEL SENADO POR LA DOCTRINA

Si se nos pregunta sobre si la doctrina ha trabajado la materia hasta colmar las más amplias estanterías de las bibliotecas la respuesta ha de ser indudablemente positiva. Más de un sexenio de algún prestigioso colega debe mucho al Senado. Y en ello no hay nada criticable, sino, por el contrario, gran esfuerzo académico por darle todo género de vueltas a la problemática de la posible reforma del Senado.

Entiendo que la doctrina ha dejado esclarecidas algunas premisas, esencialmente las siguientes: Hoy, a diferencia de 1978, no estamos poniendo los cimientos del Estado autonómico, sino que el mismo es una realidad tan desarrollada que varias Comunidades autónomas son titulares de poder político y recursos financieros en mayor medida que gran número de Estados miembros de Estados federales de nuestro tiempo. En consecuencia, se añade, un nuevo diseño de la composición del Senado no puede desconocer la nueva realidad de las Comunidades autónomas. Y como el Senado es, conforme a la letra del art. 69.1 CE –se concluye–, la Cámara de representación territorial hoy debe ser el reflejo fiel de la nueva realidad autonómica que avanza de hecho hacia un sistema federal. Más que cuestionar tales conclusiones quizás lo procedente sea aceptarlas sin mayor debate, con la única apostilla de que por su carácter tópico pueda un lector socarrón comentar que tanta obviedad no precisa de tan prolijas glosas.

Ahora bien, me parece que las conclusiones compartidas por la doctrina sobre la reforma del Senado no van mucho más allá. Con ello en nada critico a los colegas ni me apunto a un antiacademicismo que haga suyo el refrán castellano según el cual una cosa es predicar y otra dar trigo. Simplemente sucede que diseñar los términos precisos de una reforma del Senado es tarea que excede de lo que se puede demandar de los constitucionalistas, por muy laboriosos que queramos ser.

7. LAS DIFICULTADES PARA LLEVAR A LA PRÁCTICA LOS PROPÓSITOS REFORMISTAS

Demos aquí, antes de nada, por reproducido cuanto hemos descrito en el apartado 5.

Como ya me ido haciendo mayor creo que se me disculpará si digo que observo preocupado que a un sector de nuestra mejor doctrina parece deslizarse a la hora de reformar la composición y funciones del Senado y, por tanto, la letra del art. 69 CE, por las aguas del formalismo y, en consecuencia, partir del desarrollo de la “premisa” literaria del apartado 1 de dicho precepto, cuando todo el artículo

–incluido ese apartado, claro está– debe quedar sometido a la reflexión reformista. Para los viejos profesores de la asignatura formados en la cuna del Derecho político tradicional –y no siempre para mal, como lícitamente algunos pueden pensar– la reforma de una Cámara parlamentaria es algo sobre lo que el formalismo jurídico tiene bien poco que decir. En esencia el problema es, como apuntábamos al responder a la primera pregunta, una cuestión clave de ingeniería constitucional en que la representatividad es tan sólo un factor –nada desdeñable, por supuesto– pues es capital asegurar una *governabilidad eficaz*, como diría un constitucionalista inglés. La gobernación en un régimen constitucional, por supuesto, ha de ser democrática, pero ello –como alguna vez ha señalado finamente Sartori– implica eludir el terreno de los “imposibles” y afincarse en el campo de “lo posible”. Y sobre ello sólo se puede reflexionar con los dos pies en la tierra, lo cual equivale a decir, que estudiando, entre otros aspectos, el impacto del tipo de circunscripciones por que se opte, el sistema electoral elegido para componer esta Cámara y el sistema de partidos que protagoniza, desde su verticalidad organizativa, toda la vida de las instituciones democráticas, en este caso, español. ¿Eso es abandonar el terreno del purismo constitucionalista para adentrarse en el ámbito contaminado de la politología? Nada de eso. Es simplemente hacer un Derecho constitucional realista, atento a las aportaciones de la Ciencia política, que es ciencia auxiliar imprescindible a la que el constitucionalista ha de acudir cuando quiere adentrarse en la dinámica de la ingeniería constitucional.

La excursión que me he permitido en el párrafo precedente nos vuelve a recordar que los intereses y posicionamientos de los partidos sobre la composición y funciones del Senado son el nudo gordiano de la reforma de la institución. Y aquí sí que no parece haber el menor consenso sobre como deshacer o cortar tal nudo. Más arriba (pregunta 3ª) hemos indicado que los partidos nacionales cuando han gobernado en minoría se han visto siempre en el trance de tener que abordar la reforma del Senado, apetecida por los nacionalistas. Pero tanto la derecha como la izquierda lo han hecho siempre hasta ahora sin previo diálogo con la oposición; y como la reforma, según sabemos todos, requiere la mayoría cualificada de las Cámaras descrita en el art. 167 CE, los gobiernos minoritarios tienden a abrir un debate estéril, en cuanto que el mismo no engendra reforma alguna.

Seguramente las reformas constitucionales, la del Senado o cualquier otra, requieran seguir vía bien diferente. Me refiero a debatirlas y convenirlas en diálogo franco, discreto y constructivo entre los dos grandes partidos políticos, para iniciar el procedimiento formal de reforma tan sólo cuando se hayan alcanzado frutos concretos y se sepa como ultimar con éxito un proceso que, en otro caso, exclusivamente puede producir desgastes inútiles de las instituciones.

EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL

Instrumento para proteger y desarrollar la democracia,
medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales,
controlar el poder político, base del desarrollo económico
y modelo para las relaciones internacionales

ARTURO HOYOS (*)
(Panamá)

SUMARIO: 1. El Valor cambiante de la Constitución. Los cinco grandes temas de proyección del valor de la Constitución. **2.** La protección y desarrollo de la democracia. El triunfo de la democracia y el peligro de las presidencias imperiales y de las democracias plebiscitarias. **3.** Un Nuevo Constitucionalismo. La constitucionalización de la política y del Derecho Privado. **4.** La Constitución, la consagración y tutela de los derechos fundamentales y el control del poder político. **5.** La Constitución como una de las bases del desarrollo económico. **6.** La Constitución como modelo para las relaciones internacionales: la constitucionalización del Derecho Internacional.

1. EL VALOR CAMBIANTE DE LA CONSTITUCIÓN. LOS CINCO GRANDES TEMAS EN QUE SE PROYECTA EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD

La Constitución, el cuerpo jurídico de mayor jerarquía para proteger la libertad y limitar el poder, no significa lo mismo en todos los países y ni en todas las épocas.

(*) Doctor en Derecho (Universidad Javeriana, Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (1994-2000). Ex profesor universitario.

Hoy quienes se interrogan sobre este tema *en los países industrializados* se preocupan por el valor de la Constitución para garantizar efectivamente las libertades públicas ante acciones tomadas por los órganos políticos del Estado para combatir el terrorismo. Así, por ejemplo, en una obra⁽¹⁾ publicada en los Estados Unidos de América hace un par de meses un abogado y periodista destaca algunos actos del Presidente, como las llamadas “declaraciones de promulgación de leyes” (*signing statements*) en virtud de las cuales dicho gobernante al firmar una ley aprobada por el órgano Legislativo declara que la misma no es obligatoria para la Administración porque a su juicio la misma infringe las potestades constitucionales del Presidente según éste interpreta la Constitución, particularmente lo relacionada con la dirección de las relaciones internacionales y lo relacionado con la guerra contra el terrorismo, lo cual ha hecho el Presidente actual al firmar cerca de 150 leyes. También está el tema de la tortura que genera encendidos debates y de las nuevas definiciones de la misma⁽²⁾, la admisión de pruebas obtenidas mediante la misma o “técnicas intensificadas” durante interrogatorios y si se deber combatir el flagelo del terrorismo con respeto a los elementos esenciales de un debido proceso, tema del cual me ocupé en una obra reciente publicada en México⁽³⁾. Y luego, por supuesto, está el tema de las escuchas telefónicas sin autorización judicial y el derecho a la intimidad y si los detenidos acusados de terrorismo deben tener derecho a interponer un **Habeas Corpus**⁽⁴⁾, por ahora vedado por una ley de 2006 sobre las Comisiones Militares que deben juzgar a estas personas, y si ellas satisfacen los requisitos constitucionales de un debido proceso⁽⁵⁾. Hillary Clinton, política de oposición en Estados Unidos de América y ex Primera Dama de ese país, ha expresado estas preocupaciones en un ensayo publicado el año pasado⁽⁶⁾ y el mismo candidato presidencial Barack Obama ha prometido cerrar el centro de detención de Guantánamo.

(1) Charlie Savage, *The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Ed. Little, Brown and Company, New York, 2007, 400 págs.

(2) Scout Shane y otros “Secret US Endorsements of severe interrogations”, *The New York Times*, 4 de octubre de 2007, y Christopher Dickey, “The Constitution in Peril”, *Newsweek*, 8 de octubre de 2007.

(3) Arturo Hoyos, *Debido Proceso y Democracia*, Ed. Porrúa, México, 2006, 163 págs.

(4) Cfr. Sobre este tema “Civil liberties:detention without trial.The stuff of nightmares”, revista *The Economist*, Londres, edición del 4 de octubre de 2007.

(5) Cfr. Anthony Colangelo, “Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, Número 1, invierno de 2007, págs. 121 y sig.

(6) “Security and Opportunity for the Twenty-first Century”, revista *Foreign Affairs*, noviembre-diciembre de 2007.

En nuestra *América Latina* el valor de la Constitución y los debates y vivencias en torno a ella no son los mismos que hace un par de décadas, por una parte, y, por otro lado, tampoco son iguales en nuestra época en todos nuestros países.

En los años ochenta del siglo pasado la preocupación en muchos de los países latinoamericanos era salir de los regímenes militares de la región y en esos momentos se valoraba la Constitución como un freno a los abusos militares y como un vehículo que nos podía transportar fuera de las dictaduras.

Hoy la Constitución tampoco asume un valor unívoco en Latinoamérica. En algunos países del Sur, por ejemplo, se estima la posibilidad de adoptar una nueva Constitución como un instrumento de una revolución política, no necesariamente para darle estabilidad al sistema democrático e incluso se plantea que la respectiva Asamblea Constituyente debe entrar a disolver un Parlamento democráticamente elegido, como es el caso de Ecuador con el Presidente Correa, y luego por supuesto también han de seguirle los tribunales de justicia. El valor de la Constitución es en esos países, que también incluyen a Bolivia con el Presidente Evo Morales que ha convocado a un referéndum para aprobar la nueva Constitución para diciembre de 2008, el de un arma al servicio de una revolución política.

No hay que perder de vista que una visión únicamente instrumentalista de la Constitución, sin matiz alguno, es peligroso para el Estado de Derecho dentro del cual las normas jurídicas y los derechos fundamentales que protegen contra las mayorías políticas tienen valor intrínseco. Como señala el jurista norteamericano Brian Tamanaha “en situaciones de agudo desacuerdo sobre lo que es el bien común, cuando el derecho se ve como un poderoso instrumento, los individuos y grupos sociales tratarán de asumir el control o manipular el derecho de cualquier manera posible para promover sus fines. Esto puede acarrear un conflicto Hobbesiano de todos contra todos conducido a través del ordenamiento jurídico. Más que funcionar para mantener el orden social y resolver los conflictos sociales, como Hobbes veía la misión del derecho, los combatientes lucharán para controlar y utilizar las herramientas que brindan las normas jurídicas como armas en las disputas sociales, políticas, religiosas o económicas. El derecho generará conflictos en vez de ser un medio para su solución. Incluso cuando una de las partes o bandos prevalezca en esa lucha, la victoria sólo significará una tregua temporal mientras la lucha se reanuda”⁽⁷⁾.

En un caso vecino a mi país, el de Costa Rica al igual que Panamá y la mayoría de Centroamérica, no tiene un problema de terrorismo que amenace las libertades públicas ni una presidencia imperial que las haga palidecer, como trans-

⁽⁷⁾ *Law as a Means to and End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, pág. 2.

curre el debate constitucional en algunos países industriales. Tampoco ha tenido una dictadura militar reciente ni vive un momento revolucionario que vea la Constitución como un arma de la revolución como se ha vivido el tema en buena parte de nuestra región. De hecho, si bien Costa Rica ha tenido 14 Constituciones desde su independencia de España el quince de septiembre de 1821, dos de ellas, la Constitución de 1871 impulsada por el primer militar que gobernó a este país, Don Tomás Guardia, estuvo en vigencia 77 años, a pesar de interrupciones breves como la de la Constitución de 1917 que duró muy poco, y le dio estabilidad al país⁽⁸⁾ y luego la Constitución de 1949, que nació de la lucha armada y democrática de 1948, que está en vigencia en la actualidad y que ha sido la base de un desarrollo democrático estable que es orgullo de nuestra región y que ha inspirado a la Panamá en materia tan trascendental como la eliminación del ejército, que nosotros logramos en 1994. Coincido con el Magistrado Luis Fernando Solano en que la Constitución de 1949 no “es la de 1871 con parches”⁽⁹⁾ pues, entre otras cosas, sólo la consagración constitucional de la eliminación del ejército la colocan en un sitio muy especial para Costa Rica y para América.

Entonces, *hic et nunc* (aquí y ahora) ¿qué valor podemos decir que tiene la Constitución?

A mi juicio *el valor de la Constitución en el Estado de Derecho actual podemos apreciarlo en cinco grandes temas:*

1. Un instrumento de defensa de la democracia y liberación de la opresión política;
 2. La consagración de los derechos fundamentales y sus medios de defensa;
 3. La regulación y control de la competencia por y el ejercicio del poder político;
 4. Una de las bases del desarrollo económico; y
 5. Un modelo para la conducción de las relaciones internacionales.
- 2. LA PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA. EL TRIUNFO DE LA DEMOCRACIA Y EL PELIGRO DE LAS PRESIDENCIAS IMPERIALES Y DE LAS DEMOCRACIAS PLEBISCITARIAS**

Nuestro tiempo exige, en primer lugar, que la Constitución haga posible y sea una defensora de la democracia. Esto lo asegura, en primer lugar, con normas que garanticen la participación ciudadana en elecciones libres, competitivas y transpa-

(8) Rubén Hernández Valle, Costa Rica en la colección *Constituciones Iberoamericanas*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pág. 20.

(9) “La Constitución en su Día”, diario *La Nación*, San José, 8 de noviembre de 2006.

rentes y luego con el control del poder político, que evita la opresión política y haga posible que las minorías de hoy puedan ser las mayorías de mañana, sin derramamiento de sangre.

No hay que perder de vista que muchas de las democracias actuales se enfrentan a enemigos que van desde el terrorismo, el crimen organizado y transnacional, hasta los dirigentes mesiánicos de movimientos religiosos o extremistas que pretenden capturar la democracia desde adentro para eliminar cualquier vestigio de control sobre el poder una vez lo conquisten. Hoy se habla de “democracias frágiles” que han tenido que recurrir a restringir la participación de ciertos grupos en el proceso democrático, como lo ha hecho España con Batasuna (brazo político de ETA), Alemania con los partidos Nazi o Comunista, Turquía con la exigencia de adherencia a un Estado secular para poder participar en elecciones, o India con los partidos que promuevan la intolerancia religiosa o incitan al odio étnico⁽¹⁰⁾, e incluso en estos casos la Constitución debe ser guardián del orden democrático⁽¹¹⁾ y vigilar que la defensa de la democracia no se haga a costa de la negación de los derechos fundamentales.

El año pasado la Editorial Porrúa de México tuvo la gentileza de publicar una obra mía con el título de *Debido Proceso y Democracia*⁽¹²⁾.

En esa obra adopté la definición del profesor Kart Popper sobre la democracia en obra que cito más adelante. Ella sería un sistema de gobierno en el que la mayoría puede mediante elecciones libres y competitivas causar un cambio de gobierno, sin derramamiento de sangre.

Mi enfoque se enmarca dentro de los que el profesor de la Universidad de Columbia de Nueva York Charles Tilly llama definición procesal de la democracia, que toma como punto de partida las elecciones libres pero adiciona este criterio con otros elementos que lo complementan. Este autor, en una excelente obra apenas publicada⁽¹³⁾, también entiende que al lado de ese tipo de definiciones existen las que él llama sustantivas, constitucionales y orientadas a procesos, según el énfasis que pongan en los diversos aspectos del régimen.

(10) Samuel Issacharoff, “Fragile Democracies”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 6, abril de 2007, págs. 1405 a 1467.

(11) Sobre el juez y la “democracia defensiva” cfr. Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, págs 21 y sig.; G. Zagrebelsky sostiene que la tarea del juez constitucional es más propia de una república que de una democracia cfr. “*Jueces Constitucionales*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 117, 2006.

(12) México, 2006, Introducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 163 páginas.

(13) Charles Tilly, *Democracy*, Cambridge University Press, 2007, pág. 7.

En esa obra había yo avanzado algunas ideas que el tiempo tiende a confirmar: que el avance de la democracia en nuestra región trajo un fortalecimiento del Estado de derecho y específicamente del debido proceso como institución; que el debido proceso es una de las opciones, no la única, de los países que hacen una transición desde gobiernos autoritarios hacia gobiernos democráticos para lidiar con los delitos cometidos por los gobernantes dictatoriales del pasado régimen o por grupos armados que se desea insertar en el proceso político democrático así como también con el futuro en democracia de los pertenecientes a partidos políticos totalitarios aunque no hayan cometido delitos(leyes de lustración); que el “nuevo terrorismo” surgido desde el 2001 ha producido una erosión de los derechos fundamentales y generado una reapertura del superado debate sobre la tortura judicial; y que el peligro para la libertad en nuestro Hemisferio Occidental proviene ya no principalmente de las dictaduras sino de las presidencias imperiales y de las democracias plebiscitarias o meramente electorales o como yo las llamo democracias sin Estado de derecho.

Lo cierto es que trazo una clara distinción entre el Estado de derecho y la democracia pero señalo que para que aquélla perdure debe estar acompañada de éste, como lo demuestra la experiencia histórica.

En el mismo sentido el distinguido jurista mexicano Jorge Carpizo sostiene en un ensayo reciente⁽¹⁴⁾ ideas que coinciden con las mías aunque su definición de democracia, si bien parte de las procesales, contiene elementos del Estado de derecho. Dice este autor que democracia “es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce”. Agrega en ese ensayo que los dos retos más importantes para la democracia en nuestra región son 1.el problema de la pobreza y la desigualdad, y 2.el respeto por el Estado de derecho. Sobre lo primero afirma que “el principal enemigo de la democracia en la región es la pobreza ... y los enormes rezagos sociales y culturales que sufre aproximadamente la mitad de la población”⁽¹⁵⁾.

La democracia es el gran tema de nuestro tiempo. John Dunne, profesor de Teoría Política en la Universidad de Cambridge, ha señalado en una obra reciente⁽¹⁶⁾, que

(14) “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, No. 119, mayo-agosto de 2007, pág. 357.

(15) Ibidem, pág. 383.

(16) *Setting the People Free: the Story of Democracy*, Atlantic Books, Londres, 2005, págs.131-132.

el impulso histórico del término democracia desde 1796 hasta el presente nos presenta dos elementos que debemos comprender: uno es la cuestión del destino de las instituciones políticas, consistente en la difusión de una serie de formas de gobierno ansiosas de auto-describirse como democracias y el triunfo ideológico de esta forma de gobierno sobre sus competidoras; y la difusión del término democracia, más que una cuestión terminológica, supone un intento por capturar los méritos no sólo de un grupo de instituciones políticas frente a otras sino cualquier otro aspecto de nuestra vida en sociedad como desearíamos que estuviera organizada. Si mantenemos separados estos dos elementos, sostiene Dunn, veremos que el destino de las formas de gobierno descansará en buena medida en la capacidad de las instituciones de crear riqueza y aplicar la ley y mantener el orden pero también en persuadir a los ciudadanos más que recurrir a la coacción. La democracia como un término político moderno es “sobre todo el nombre que designa a la autoridad política ejercida solamente a través de la persuasión de la mayoría”.

Por otro lado, el politólogo francés Pierre Rosanvallon, profesor de Historia y Filosofía Política del Collège de France, sostiene⁽¹⁷⁾ que “la democracia representativa se impuso como principio en el momento en que se debilitó su funcionamiento. La caída del comunismo tocó la retirada de sus enemigos o de sus críticos más virulentos y desde entonces constituye el único horizonte reconocido del bien político. Pero aunque triunfó así como régimen, ahora se encuentra desestabilizada como en cuanto forma política. Si la democracia es definida con ligereza como la puesta en práctica de la soberanía del pueblo, hoy en día el contenido mismo de esta última parece disiparse. El avance de la globalización económica... el crecimiento del papel del derecho basado en instancias de regulación no elegidas, el papel más activo del Consejo Constitucional: todas estas evoluciones convergen para socavar los objetos y los modos de expresión de la voluntad general. Mientras algunos se alegran por lo que interpretan como una muestra del progreso del Estado de derecho y de la creciente autonomía de la sociedad civil, otros se alarman ante lo que a sus ojos marca una preocupante decadencia de la voluntad general e incluso pronostican, escépticos el fin de la democracia.”

La cuestión pues de la democracia y del Estado de derecho está en el ojo del debate que se ha atizado por el problema que ahora plantea el terrorismo.

Retomo entonces algunas de las ideas tratadas en mi citada obra.

La principal tarea de nuestro tiempo, ha sostenido el eminente politólogo Francis Fukuyama⁽¹⁸⁾, es la construcción de Estados con instituciones fuertes, con

(17) *La Democracia Inconclusa*, Taurus-Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 11.

(18) *State Building. Governance and World Order in the 21st Century*, Cornell University Press, Nueva York, 2004, págs. 120 y 121. De hecho, el internacionalista Walter Russell Mead

verdadera capacidad para hacer efectivo un Estado de derecho, con respeto a los derechos fundamentales. Como sostiene Fukuyama, son los Estados débiles o fallidos los que han presentado una amenaza al orden internacional porque han sido una fuente de conflictos y de abusos a los derechos fundamentales, y además porque son el caldo de cultivo de una nueva clase de terrorismo que amenaza a los países desarrollados. Son los Estados los únicos capaces de desplegar la fuerza legítima y su poder es esencial para asegurar internamente el Estado de derecho. No se trata pues de debilitar al Estado, sino de reducir la amplitud de sus funciones, pero fortaleciendo sus instituciones que hagan posible el Estado de derecho.

Aunque a finales del siglo XX un destacado politólogo sostenía que vivíamos en una época «pos-utópica», como la llamó Zbigniew Brzezinski⁽¹⁹⁾ luego este mismo autor reconoció que a inicios del siglo XXI vivimos la era de la globalización⁽²⁰⁾. Aquélla era una década de final del siglo marcada por el fracaso de las utopías que se quisieron imponer coactivamente entre ellas el fascismo y el comunismo, y en las cuales la separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso legal fueron instituciones despreciadas y condenadas «al basurero de la historia» y, por otra parte, también caracterizada por el renacimiento de nacionalismos beligerantes y xenófobos, y de viejos odios y rivalidades étnicas y religiosas. No cabe duda que tanto el comunismo soviético como el fascismo ofrecían verdaderas utopías, como lo ha puesto de manifiesto una obra de Richard Overly⁽²¹⁾, en la que destaca que el primero ofreció una utopía sociológica, el de una sociedad sin clases, mientras que el segundo adelantó una utopía biológica, el de la limpieza y pureza de la raza aria.

sostiene en su última obra, *Power, Terror, Peace and War*, Nueva York, 2004, ed. Knopf, que el poder “pegajoso” de los Estados Unidos radica en sus instituciones más que en su poderío militar, lo cual puede atraer a más países hacia el sistema norteamericano que la fuerza o Hollywood aislados.

⁽¹⁹⁾ *Out of Control. Global turmoil on the eve of the 21st. Century*, Eds. Charles Scribner y Maxwell Mcmillan, New York. 1993, pág. XV. También pueden consultarse dos ensayos de Isaiah Berlin, profesor de Filosofía de la Universidad de Oxford, sobre la decadencia de las ideas utópicas en el mundo occidental, sobre todo en esta parte de nuestro siglo que el autor considera como un siglo terrible para Europa, en muchos aspectos peor que la Edad Media. «The decline of utopian ideas in the West» y *The pursuit of the Ideal*», incluidos en su obra *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, Ed. Knopf, Nueva York, 1991. 277 págs. El título de esta obra se inspira en una frase de Kant: De la madera retorcida de que está hecha la Humanidad no puede construirse nada recto.

⁽²⁰⁾ Zbigniew Brzezinski, *The Choice*, Basic Books, Nueva York, 2004, pág. 7.

⁽²¹⁾ *The Dictators: Hitler's Germany and Salin's Russia*, Ed. W.W. Norton, Nueva York, 2004, 849 páginas.

Hoy el mismo Brzezinski tiene otras preocupaciones geopolíticas en cuanto al tema de la democracia, como lo expone en una obra recién publicada⁽²²⁾. Allí sostiene que “la idea de que la solución a los problemas que enfrenta Estados Unidos (en lo que él llama los Balcanes Globales zona que abarca desde Suez a Beijing) es la imposición acelerada de la democracia es desatinada. Históricamente la democracia, sostiene, ha emergido a través de un prolongado proceso de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ... Ese proceso entraña la aparición progresiva del Estado de derecho, y la gradual imposición de limitaciones legales y luego constitucionales sobre las estructuras de poder. En ese contexto la adopción de elecciones libres lleva progresivamente al surgimiento de un sistema de gobierno basado en nociones fundamentales de compromiso y acomodo con reglas del juego democrático respetadas por los opuestos políticos que conciben su competencia como un juego de suma cero”⁽²³⁾, es decir que la ganancia de uno conlleva una pérdida igual que el otro. Agrega que cuando la democracia es impuesta en sociedades tradicionales no expuestas a esos procesos graduales lo que atiza es el conflicto violento entre extremos intolerantes y lo mejor que puede producir esa imposición es un ferviente e intolerante populismo, aparentemente democrático pero realmente una tiranía de la mayoría”.

Quizás aquella realidad «pos-utópica» de la cual hablaba a fines del siglo pasado este autor pareció difícil de aceptar en su plenitud en Latinoamérica porque, como lo ha señalado el escritor mexicano Carlos Fuentes, desde la llegada de Cristóbal Colón «el continente americano ha vivido entre el sueño y la realidad, ha vivido en divorcio entre la buena sociedad que deseamos y la sociedad imperfecta en la que realmente vivimos. Hemos persistido en la esperanza utópica porque fuimos fundados por la utopía, porque la memoria de la sociedad feliz está en el origen mismo de América, y también al final del camino, como meta y realización de nuestras esperanzas»⁽²⁴⁾.

Estamos ante un proceso de expansión de los gobiernos democráticos alrededor del mundo. Un país es democrático, decía Karl Popper⁽²⁵⁾, si mediante elecciones se puede cambiar el gobierno sin derramamiento de sangre.

(22) *Second Chance: Three Presidents and the Crisis of American Superpower*, Basic Books, Nueva York, 2007, 234 págs.

(23) *Ibidem*, pág. 155.

(24) *El Espejo Enterrado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 10.

(25) “Sobre la teoría de la democracia”, en *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1995, pág. 176.

En los últimos veinte años, señala la revista *The Economist*, la proporción de la población mundial que vive bajo gobiernos democráticos ha aumentado de un tercio hasta la mitad en la actualidad⁽²⁶⁾.

El jurista norteamericano Bruce Ackerman habla en un ensayo reciente de lo que llama el peligro que entraña una “*presidencia plebiscitaria*” para la democracia⁽²⁷⁾, incluso en los Estados Unidos de América. El riesgo es que se desarrollen democracias simplemente electorales y que en algunos países la democracia degenerare hacia una forma “anti-liberal”⁽²⁸⁾ o plebiscitaria⁽²⁹⁾ que realmente yo designaría como una democracia, en el sentido anotado, pero sin Estado de derecho. Esa forma de democracia consistiría esencialmente, sostiene Ferrajoli, en la omnipotencia de la mayoría, seguida de una serie de corolarios: la descalificación de las reglas de los límites al poder ejecutivo expresado por la mayoría y, por lo tanto, de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del parlamento; la idea de que el consenso mayoritario legitima todo abuso y el rechazo de los frenos y contrapesos. La democracia requiere ha dicho Zakaria de una previa “libertad constitucional” que entraña la protección de los derechos individuales, sobre todo de los de expresión, propiedad y religión a través de un sistema jurídico que no esté sujeto a la manipulación política del gobierno. Para ello se requieren tribunales independientes e imparciales y grupos privados independientes del gobierno. De allí que en nuestros días el mayor peligro para el debido proceso ya no son los gobiernos militares sino una democracia sin Estado de derecho.

El distinguido historiador británico Eric J. Hobsbawm, profesor emérito de Historia económica y social en la Universidad de Londres, ha sostenido⁽³⁰⁾, que la idea de difundir la democracia de manera indiscriminada puede ser peligrosa porque en algunos contextos históricos puede atizar las diferencias étnicas y los odios y divisiones religiosas. Sostiene este autor que el mesianismo que despliegan en este terreno algunas grandes potencias no tendrá éxito universal porque las condiciones para un gobierno democrático efectivo son raras: un Estado ya existente que goce de legitimidad, consenso, y la capacidad para mediar los conflictos entre

(26) “Liberty’s great advance”, Londres, edición de 26 de junio de 2003.

(27) “The Living Constitution”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 7, mayo de 2007, pág. 1760.

(28) Fareed Zakaria, *The Future of Freedom*, Ed. Norton, Nueva York, 2003, 256 págs.

(29) Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Univ. Externado de Colombia, 2001, pág. 155.

(30) “Spreading Democracy”, en la sección titulada “The world’s most dangerous ideas” publicada en la revista *Foreign Policy*, Washington, septiembre-octubre de 2004, págs. 40 y 41.

los grupos domésticos. Cuando este consenso no existe, por diferencias étnicas o religiosas, la democracia ha sido suspendida, como en Irlanda del Norte, el Estado se ha dividido, como en Checoslovaquia, o la sociedad ha descendido a un estado de guerra civil permanente, como en Sri Lanka. La difusión de la democracia habría producido, según Hosbawm, desintegración en ciertos Estados multinacionales y multirraciales, tanto después de 1918 como después de la caída del comunismo en 1989. La misma tesis de Hosbawm ha sido sostenida por otro profesor, Amy Chua, de la Universidad de Yale⁽³¹⁾ en una obra que da otros ejemplos, como el caso de Indonesia para demostrar que la difusión de la democracia no es un bien absoluto.

Otra cosa distinta ha sido el caso de Latinoamérica en el que, en general, la caída de las dictaduras a finales del siglo pasado, ha traído democracias reales pero algunas evolucionan hacia el modelo plebiscitario como es el caso de Venezuela bajo el Presidente Chávez, Ecuador bajo el Presidente Correa, el primero que promovió la destitución de Magistrados y de los parlamentarios en el 2007 y luego Evo Morales que también ha tratado de avanzar un proceso constituyente sin límites aunque ha encontrado mayores resistencias que los dos anteriores.

Hay que anotar que incluso los defensores de la idea de difusión de la democracia, como Timothy Garton Ash, reconocen que en nuestra época de democracia sin paralelo en la historia muchas personas se sienten tan desilusionadas con la conducción de la política convencional que ni siquiera se toman el trabajo de votar en las elecciones, pues sostienen que si no pueden influir sobre los políticos para qué votar⁽³²⁾. Frente a esta inquietud este autor sugiere profundizar la participación ciudadana, cosa que cada vez se observa más. En el caso de Panamá las reformas constitucionales que entraron en vigencia el 15 de noviembre de 2004, prevén nuevos mecanismos de democracia semi-directa o participativa, como lo son la revocatoria de mandato de los diputados incluso los de libre postulación, consultas populares como el referéndum que se ha extendido a cualquier ampliación del Canal de Panamá y la iniciativa popular para la convocatoria de una Asamblea Constituyente si así lo pide al menos un veinte por ciento de los electores que conforman el padrón electoral.

En muchos casos los gobiernos en transición nunca se desplazaron hacia verdaderas democracias, sino a otras formas semi-autoritarias o hacia lo que hemos identificado como democracia meramente electoral sin Estado de derecho, o democracias plebiscitarias. Un caso que ilustraría esta evolución es, según la

(31) *World on Fire: How exporting Free Market democracy breeds Ethnic Hatred and Global Instability*, Ed. Doubleday, 2002.

(32) *Op. cit.*, pág. 229.

revista *The Economist*, el de Rusia bajo el Presidente Putin que a pesar de haber ganado dos elecciones ha frustrado el desarrollo de un Estado de derecho, se ha entrometido en las elecciones fraudulentas de Ucrania y ha perseguido a la empresa privada petrolera Yukos para sumarla nuevamente al sector estatal, con lo que “la conclusión es indiscutible. Lejos de ser un reformista político y económico que preside una defectuosa pero todavía reconocible democracia, el señor Putin se ha convertido en un obstáculo al cambio y se encuentra al frente de una mal manejada autocracia”⁽³³⁾.

Un politólogo venezolano, Moises Naím, Director de la revista *Foreign Policy*, ha comparado recientemente los casos de Putin y de Chávez⁽³⁴⁾, similares agregaría yo al de Lucio Gutiérrez de Ecuador, en los que trata de establecer múltiples paralelos de los dos antiguos militares que fueron elegidos y reelegidos por el voto popular pero cuyas naciones han pasado a ser gobernadas por democracias plebiscitarias, sin un verdadero Estado de derecho y le atribuye la causa del éxito de ambos líderes en mantenerse en el poder al petróleo, ya que éste generaría corrupción, desigualdad, crecimiento económico sin empleo, y otorga a estos gobiernos gran autonomía y poder frente a las instituciones que pueden controlarlos (tribunales, parlamentos, empresa privada, gremios). De allí que al no tener que basar el presupuesto en impuestos no afectan tanto a los electores, lo que a su vez hace a estos gobernantes distanciarse del electorado al que sienten que no tienen que responder con frecuencia pues con las grandes sumas provenientes del petróleo, sobre todo en una época de precios altos, pueden asignar inmensos recursos financieros a su discreción.

Hay quienes agregan que el “fin de la historia” que vaticinó Fukuyama ha terminado al menos conceptualmente con el surgimiento de dos grandes potencias “autoritarias”, China y Rusia⁽³⁵⁾. La esperanza que se vivió en los años noventa de que con la caída del comunismo se terminaba la lucha ideológica se ha desvanecido en los inicios del presente siglo con el impresionante desarrollo económico de estas dos últimas potencias bajo esquemas autoritarios, repudiando así lo que se creía era ya la indisputable supremacía de la democracia liberal. El politólogo Robert Kagan ha señalado recientemente que esas dos potencias no sólo actúan, de hecho, autocráticamente sino que tienen una ideología autoritaria

(33) “The Challenger. Vladimir Putin takes on democracy, the West and all-comers”, edición del 9 de diciembre de 2004, *The Economist*, Londres.

(34) “Tale of two Lieutenants” revista *Newsweek:Issues 2005*, diciembre 2004-febrero 2005, págs. 44 y 45.

(35) Azar Gat, “The Return of Authoritarian Great Powers”, *Foreign Affairs*, julio-agosto de 2007.

y creen que para países de gran población y disparidades regionales, de nacionalidades, culturales y religiosas como los suyos lo que más estabilidad brinda es un gobierno autoritario, no una democracia liberal bajo cuyos esquema surgirían numerosas fuentes de inestabilidad y tendencias a la desintegración del Estado⁽³⁶⁾. Esta renovada lucha entre democracia y autocracia, que empezó hace dos siglos con las revoluciones inglesa y francesa, sería uno de los rasgos del nuevo orden internacional actual surgido con posterioridad al fin de la Guerra Fría.

3. UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO PRIVADO

Es importante destacar que existen distinguidos juristas, como el norteamericano Ran Hirschl ⁽³⁷⁾, que sostienen que se ha dado un crecimiento en el poder de los jueces para interpretar y desarrollar normas constitucionales como parte del constitucionalismo. Esa aseveración parte de la base de diversos supuestos, a saber:

1. La expansión del poder judicial es una parte integral y una importante manifestación de concretas y específicas luchas sociales, políticas y económicas que han dado forma a un determinado sistema político y, por lo tanto, aquel fenómeno no puede entenderse aisladamente de esas luchas.
2. Los orígenes políticos de las reformas constitucionales no pueden ser estudiados de manera independiente a los orígenes políticos del estancamiento constitucional.
3. Como regla general los actores sociales más prominentes en los campos político, económico, y judicial tienen mayor inclinación a favorecer el establecimiento de estructuras institucionales que los beneficien mayormente.
4. Las Constituciones y la revisión judicial de la constitucionalidad de actos de autoridad carecen de apoyo financiero propio y de poder independiente de ejecución pero, a pesar de ello, limitan la flexibilidad institucional de quienes toman las decisiones políticas en un sistema determinado.

De lo anterior se desprende que la autolimitación voluntaria de quienes toman las decisiones políticas ejecutada mediante la transferencia de la autoridad

⁽³⁶⁾ “End of Dreams, Return of History”, Policy Review, junio-julio de 2007, No. 143.

⁽³⁷⁾ *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism* Estados Unidos, Harvard University Press, 294 págs., 2007 y “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 53, Invierno de 2005, Número 1, págs. 125 a 155.

para formular políticas públicas de instituciones representativas de las mayorías hacia los tribunales de justicia pareciera, a primera vista, ir en contra de los intereses de quienes ostentan el poder en las legislaturas y en los poderes ejecutivos. Sin embargo una explicación plausible para la autolimitación voluntaria de los que ostentan el poder político al dar mayor poder a la judicatura es que quienes detentan el poder político económico y legal quienes o bien inician o se abstienen de obs- truir tales reformas a favor de los jueces estiman que sus intereses están mejor protegidos si respetan los límites impuestos por una mayor intervención judicial en la esfera de las decisiones políticas.

El citado jurista sostiene que muchos de los poderes de interpretación cons- titucional, y a través de ella, de cambio y de desarrollo de las Constituciones que se han otorgado en nuevas democracias, representativas del nuevo constitucionalismo han resultado de acciones interesadas tomadas por grupos sociopolíticos hegemónicos temerosos de perder de manera sustancial su poder político. La constitucionalización, y su consecuente auge judicial, puede proveer una efectiva solución para influyentes grupos que poseen un mejor acceso e in- fluencia sobre el mundo jurídico y los cuales ante una seria erosión de su apoyo popular pueden optar por asegurarse de esa manera sus preferencias por ciertas políticas públicas contra la influencia creciente de grupos e intereses periféricos. Tal estrategia de autolimitación puede ser beneficiosa para elites políticas amena- zadas y de tentadores del poder político en peligro cuando los límites constitucio- nales que imponen a sus rivales son preferibles a las limitaciones que se imponen ellos mismos. Según ésta concepción los interesados y estratégicos innovadores constitucionales –elites políticas amenazadas asociadas con elites económicas y judiciales con intereses compatibles– determinan el momento, profundidad y na- turaleza de las reformas constitucionales.

El aumento del poder de los jueces constitucionales a través de la constitucionalización de los derechos, entre ellos el derecho de propiedad priva- da, con frecuencia no es solamente un genuino reflejo de una revolución progre- sista en un sistema político (aunque en muchos casos sí lo es) y puede que, en algunos casos, sea más bien la retórica de los derechos y la revisión judicial de constitucionalidad la apropiación de ciertos grupos para asegurar su posición hegemónica en el sistema político.

Si se entiende el otorgamiento de mayor poder a los jueces constitucionales por parte de las elites políticas como una forma de preservación hegemónica de elites políticas en peligro de perder su posición en el país quizás se puede enten- der mejor los factores políticos que han impulsado el nuevo constitucionalismo en algunos países, tales como Canadá, Sudáfrica e Israel. La adopción de Canadá

de una Declaración de Derechos y Libertades en 1982, con rango constitucional,⁽³⁸⁾ fue parte de una amplia y estratégica respuesta de las elites federalistas, angloparlantes y empresariales a la amenaza creciente del separatismo de Quebec y el rápido cambio demográfico de la sociedad canadiense. De manera similar en el caso de Sudáfrica⁽³⁹⁾ la sorprendente conversión de la élite de raza blanca dominante en el terreno político y económico al constitucionalismo y al control judicial durante los años ochenta y noventa se produjo cuando empezó a verse con toda claridad que los días del Apartheid estaban contados y que un gobierno controlado por el movimiento político denominado Congreso Nacional Africano era inevitable. En el caso de Israel la adopción, en 1992, de dos nuevas leyes protectoras de los derechos fundamentales, conjuntamente con la adopción del control judicial de constitucionalidad judicial establecido en 1995 y la continua jurisprudencia antirreligiosa de la Corte Suprema de ese país durante los últimos 15 años, fueron parte de la respuesta estratégica de la elites económica y políticas seculares que habían estado perdiendo su histórico predominio político de manera acelerada ante el avance de grupos religiosos.

La misma lógica puede explicar el ámbito de aplicación y el momento en que Gran Bretaña como poder colonial en Hong Kong adoptó para esa colonia en junio de 1991 legislación que constitucionalizó los derechos fundamentales, lo cual se produjo solo a dos años desde que el Parlamento Británico ratificara la Declaración Conjunta sobre la cuestión de Hong Kong mediante la cual se devolvía dicha colonia a la República Popular de China a partir de julio de 1997 y también explicaría el apoyo entusiasta de Gran Bretaña a la constitucionalización del derecho de propiedad en las constituciones que plasmaron la independencia de nuevos Estados de África, como fueron los casos de Ghana, Nigeria, en 1959 y Kenia en 1960. Esto ocurrió al mismo tiempo que Gran Bretaña se resistía a incorporar las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos a su derecho interno, lo cual sólo se produjo varias décadas después con la adopción de la Human Rights Act de 1998, que entró en vigencia en el año 2000.

(38) Sobre Canadá puede verse Peter W. Hogg, “Canada: From Privy Council to Supreme Court”, en la obra colectiva *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, autores varios, Oxford University Press, 2006, págs. 55 a 105.

(39) En cuanto a la interpretación constitucional en Sudáfrica ver Heinz Klug “South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation”, en la obra colectiva antes citada, págs. 266 a 320.

Hay que agregar, que según el historiador de la Universidad de Harvard Charles Maier⁽⁴⁰⁾ los imperios, como el caso de Gran Bretaña, han tenido un serio problema de legitimidad en los países que dominan en la medida que mantenían una democracia liberal en la metrópolis pero se rehusaban a dar este tipo de gobierno en las colonias en las que no impulsaban gobiernos limitados por el Estado de derecho.

La misma tesis de preservación hegemónica se ha invocado para la constitucionalización de ciertos derechos fundamentales y el establecimiento de tribunales constitucionales en Egipto y Turquía, como parte de una amplia estrategia de las elites seculares y cosmopolitas de estos dos países predominantemente musulmanes y ante el avance en popularidad de fuerzas políticas con bases religiosas.

El nuevo constitucionalismo de las últimas décadas ha entrañado diversos escenarios políticos y sociales que sirven para explicarlo y comprenderlo mejor.

En primer lugar la constitucionalización de derechos fundamentales y del aumento del poder de funcionarios judiciales puede derivarse de tareas de reconstrucción política que se producen en el marco de crisis políticas severas, como fueron los casos de nuevas constituciones que siguieron la segunda guerra mundial en Japón en 1946, en Italia en 1948, en Alemania en 1949 y en Francia en 1958.

Una segunda posibilidad es la que podemos observar en la constitucionalización de derechos y controles judiciales que se ha dado como producto del proceso de descolonización, como fue el caso de India entre 1948 y 1950 y los ya mencionados casos en África.

Un tercer escenario en el que se ha generado el constitucionalismo reciente es el de la transición desde gobiernos autoritarios a sistemas democráticos como fueron los casos de las revoluciones constitucionalistas que se dieron en Portugal, Grecia y España en los años 70 y en un número plural de países de la América Latina en los años 80 y 90, entre los cuales podemos destacar la Constitución de Brasil de 1988, aunque en los casos de Argentina y Chile se dieron reformas constitucionales, no un cambio total de sus constituciones pero esas reformas claramente fortalecieron los derechos fundamentales y el control judicial.

Otro ambiente político diferente que ha generado cambios hacia un nuevo constitucionalismo es el que se ha producido como reflejo de una doble transición, no sólo de un sistema político autoritario a una democracia sino también de una economía socialista a una economía capitalina, lo cual se ha producido en los Estados que sucedieron a la antigua Unión Soviética y a los antiguos países socialistas de Europa del Este.

⁽⁴⁰⁾ *Among Empires: American Ascendancy and its Predecessors*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2006, págs. 59 y 60.

Por último, también se ha producido un proceso de constitucionalización como consecuencia de la incorporación de normas y convenios internacionales al derecho constitucional interno lo cual se ha dado particularmente en Gran Bretaña con la ya mencionada adopción de la Human Rights Act de 1998 pero también en la Argentina en los años 90 al incorporar a una especie de bloque de constitucionalidad ciertos derechos previstos en convenios internacionales de derechos humanos. Esto último se ha hecho en Panamá mediante la jurisprudencia⁽⁴¹⁾.

No existe evidentemente una explicación que atribuya a una sola causa ni movimiento político la evolución hacia un nuevo constitucionalismo anclado en los derechos fundamentales y un acrecentado poder de los jueces para desarrollar normas constitucionales a través de la interpretación constitucional pero el movimiento si está claro y si bien no puede hablarse del fin de la historia, como en la tesis de Francis Fukuyama, es cierto que el ideal de libertad política y de economía de mercado han avanzado notoriamente en las últimas décadas, notablemente en lo que Samuel Huntington ha llamado la tercera ola de democratización en las décadas finales del siglo XX aunque surgen ahora, como queda dicho, nuevas potencias como China y Rusia que divergen de ese paradigma.

No hay que perder de vista, sin embargo, que, al lado de ese avance de la democracia y del constitucionalismo, como lo destaca el historiador inglés y profesor de Harvard Niall Fergusson, el siglo XX ha marcado “la era más sangrienta de la historia. La Primera Guerra Mundial generó entre 9 y 10 millones de personas, aún más si la epidemia de gripe de 1918-1919 es vista como una consecuencia de esa guerra. Otros 59 millones murieron en la Segunda Guerra Mundial. Esos fueron solamente dos de los conflictos bélicos más mortíferos de los últimos cien años. En una estimación hubo 16 conflictos a través de ese siglo que arrojaron más de un millón de muertos cada uno, otros 6 que costaron entre 500,000 y un millón de vidas y catorce que resultaron en una cifra que oscila entre 250,000 y 500,000 fallecidos. En total, entre 167 y 188 millones de personas murieron como consecuencia de la violencia organizada en el Siglo Veinte, una proporción de uno por cada 22 personas fallecidas por cualquier causa”⁽⁴²⁾. Si bien hubo otras grandes matanzas en la historia el sangriento siglo XX difiere de otras épocas en un aspecto singular: fue un tiempo de progreso material sin paralelo en que la riqueza de las naciones aumentó a tasas sin precedentes.

Hay que destacar dos fenómenos que se dan en el nuevo constitucionalismo que son muy relevantes porque han expandido y diferenciado el valor de la Constitución.

(41) Ver mi obra *La Interpretación Constitucional*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998 págs. 81 a 107.

(42) “The Next War of the World”, revista *Foreign Affairs*, septiembre-octubre de 2006.

El primero de ellos es la *constitucionalización de la política*. Esto se refiere a que en la actualidad muchos conflictos de tipo político se han judicializado y se ponen en manos del juez constitucional, lo que diverge con otros tiempos en que los conflictos políticos se resolvían exclusivamente por medios políticos. Piénsese en el ejemplo reciente de las elecciones norteamericanas del año 2000 en que una controversia netamente política fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia (*Gore v. Bush*, 2000). Esta es una tendencia que según un prominente juez constitucional va a continuar en el futuro⁽⁴³⁾ y la no justiciabilidad de las cuestiones políticas irá en descenso⁽⁴⁴⁾.

El segundo desarrollo que vale la pena destacar es el de la *constitucionalización del Derecho Privado*, que ha ocurrido como consecuencia de los pronunciamientos de los jueces constitucionales en torno a derechos fundamentales que inciden en las relaciones entre particulares, tales como el derecho de propiedad privada, el derecho a la intimidad o la libertad de expresión⁽⁴⁵⁾. Hoy en día ciertos derechos que tradicionalmente habían sido regulados fundamentalmente por el Derecho Privado han pasado a tener un contenido cada vez más definido por la Constitución y su desarrollo por los jueces constitucionales, a tal punto que hoy se habla, por ejemplo, del debate global sobre el derecho de propiedad desde el punto de vista constitucional⁽⁴⁶⁾.

4 . LA CONSTITUCIÓN, LA CONSAGRACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTROL DE LA COMPETENCIA POR EL PODER Y SU EJERCICIO

El Estado de derecho, puntualizaba Hans Kelsen⁽⁴⁷⁾, “es un orden judicial y la Administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión”. Este concepto fue di-

(43) Aharon Barak (Presidente de la Corte Suprema de Israel), op. cit., pág. 311.

(44) Cfr. Richard Pildes, “The Supreme Court 2003 Term- Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics”, *Harvard Law Review*, Vol. 118, págs. 28 a 31, 2004.

(45) Cfr. Tom Barkhuysen y Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff editores, Holanda, 2006, 133 págs.

(46) Gregory S. Alexander, *The Global Debate over Constitutional Property*, Chicago University Press, 2006, 320 págs.

(47) *Teoría Pura del Derecho*, traducción de R. Vernengo, Ed. Porrúa-UNAM, 1991, pág. 315.

fundido⁽⁴⁸⁾ por juristas alemanes como von Mohl y Otto Bahr y ha sido incorporado en las constituciones de Alemania, España y Colombia y es similar al anglosajón del *rule of law*⁽⁴⁹⁾. Actualmente, como lo señala el jurista norteamericano Brian Tamanaha ese concepto, que tardó siglos en concretarse, ha pasado a ser un bien universal, al menos en algunos de sus aspectos como la vigencia de ciertos derechos fundamentales y la norma jurídica como protección contra la opresión política⁽⁵⁰⁾.

He señalado al principio de este trabajo lo que considero es uno de los grandes temas en que se proyecta el valor del orden constitucional en el Estado de derecho actual: me refiero aquí a la consagración de ciertos derechos fundamentales y a su protección por los jueces constitucionales. Si bien los tribunales constitucionales tienen, como dice el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, una “función material esencialmente” consistente “en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”⁽⁵¹⁾, sostengo que este es sólo el punto de partida para analizar el papel del juez constitucional como encargado de tutelar los derechos fundamentales.

Una de los grandes campos del valor de la Constitución aplicada por el juez y otros servidores públicos es la protección y defensa de los derechos fundamentales previstos en la Constitución o que se derivan de ella, incluso de aquellos que previstos el Tratados Internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad⁽⁵²⁾. Con esta tarea las decisiones del juez van a pernear casi todo el ordenamiento jurídico y ya no solamente el Derecho Público, como lo he señalado en la sección anterior. Como bien lo ha anotado Gustavo Zagrebelsky, jurista italiano profesor de la Universidad de Turín, “un aspecto saliente del constitucionalismo de nuestro tiempo, es la determinación, a través de normas constitucionales, de principios materiales de justicia destinados a informar todo

(48) R.C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, 1995, pág. 16.

(49) Para una comparación *cfr.* Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los derechos: La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 145 a 152.

(50) *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004, págs. 138 a 141.

(51) *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP, México, 2002, pág. 59.

(52) *Cfr.* Arturo Hoyos, “El Bloque de Constitucionalidad”, en la obra dirigida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. Edición, Ed. Porrúa, Tomo III, México, 2003, págs. 2797 y sig.

(53) *Il Diritto Mite*, Ed. Einaudi, Turín, 1992, pág. 123.

el ordenamiento jurídico”(mi traducción)⁽⁵³⁾. El mismo autor nos recuerda, sin embargo, que la vida en sociedad, desde el punto de vista del Derecho Constitucional actual, no es solamente un conjunto de derechos individuales y las condiciones de su ejercicio, sino también “un orden objetivo correspondiente a ideas impersonales de justicia que imponen deberes”⁽⁵⁴⁾.

Otro enorme valor de la Constitución es someter el poder a sus normas, es decir, regular la competencia para alcanzar el poder (elecciones libres) y controlar el ejercicio del poder por los representantes de las mayorías políticas. Tradicionalmente en nuestra región esto se ha visto traducido en el control de la constitucionalidad de las leyes y de actos de la Administración, o sea, el sometimiento de los representantes de la mayoría política a la supremacía de la Constitución. En el caso de Panamá esta tarea se encuentra expresamente prevista en el artículo 206 constitucional. Como bien lo anotaba el distinguido procesalista Mauro Cappelletti “la principal respuesta en términos de justicia legal al problema de la opresión puede ser expresada en la fórmula ...justicia constitucional”⁽⁵⁵⁾.

Ante la llamada objeción mayoritaria y la idea de que jueces constitucionales no elegidos por el pueblo carecen de legitimidad democrática, el mismo Cappelletti sostenía, con razón, que “el principio democrático requiere todos tengan una voz en el proceso político y que sea posible para la minoría política de hoy convertirse en la mayoría política de mañana”.

El instrumento procesal idóneo previsto en la Constitución para la protección de los derechos fundamentales es el amparo, cuyo campo de acción está en expansión no sólo para controlar actos de autoridades públicas sino también de algunos particulares. Como anota Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en Latinoamérica “la tendencia se dirige claramente hacia la procedencia del amparo contra actos de particulares especialmente a los grupos sociales o económicos de presión en situación de privilegio o dominio”, lo que inició con el caso Samuel Koth en la Argentina (1958) y se ha reconocido ya en las Constituciones de Argentina, Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú⁽⁵⁶⁾. En el caso de Costa Rica el campo del amparo es amplio porque abarca actos de autoridad tales como actos

(54) *Op. cit.*, pág. 126.

(55) “Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice”, en la obra *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1989, pág. 184.

(56) “Breves notas sobre el Amparo Iberoamericano (Desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado)”, en la obra colectiva *El Derecho de Amparo en el Mundo*, dirigida por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Editorial Porrúa-Fundación Honrad Adenauer, México, 2006, pág. 23.

administrativos y leyes autoaplicativas (aunque excluye actos jurisdiccionales que en Panamá sí son recurribles en amparo) y, aunque el artículo 48 de la Constitución de 1949, que consagra el amparo, no lo prevé expresamente, la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989 sí señala que algunos actos de sujetos de derecho privado pueden ser objeto del amparo siempre que actúen en ejercicio de potestades públicas⁽⁵⁷⁾.

5. LA CONSTITUCIÓN COMO UNA DE LAS BASES DEL DESARROLLO ECONÓMICO

Parece claro que los países de la América Latina han experimentado un mejor nivel de desarrollo económico cuando han adquirido estabilidad en sus instituciones políticas aseguradas por una Constitución efectiva.

El período que va desde la independencia de España hasta 1870 estuvo marcado por un bajo nivel de crecimiento económico, que coincide con una época en que, habiendo colapsado la administración colonial española sin dejar instituciones duraderas de autogobierno en la región, se suceden una serie de luchas y guerras que afectaron severamente el proceso de desarrollo. Una vez se estabilizaron las instituciones constitucionales se aceleró el crecimiento y luego, con la nueva ola de desestabilización iniciada después de 1924 con diversos golpes militares (Chile, Argentina, Brasil, República Dominicana, Bolivia, Perú y Guatemala en los años treinta), pocos mandatos presidenciales llegaban a su término, la renovación de los primeros mandatarios se incrementó y la frecuencia de los cambios constitucionales volvió a aumentar. A partir de los años ochenta del siglo pasado se volvió a una era de estabilidad democrática, con la adopción de nuevas Constituciones democráticas, y en este período hemos observado nuevamente un mayor impulso desarrollo económico⁽⁵⁸⁾.

Lo que es importante para el desarrollo es la estabilidad de las instituciones constitucionales, no la de los gobernantes individualmente considerados.

La estabilidad de las instituciones políticas reguladas por la Constitución hace que la lucha por el poder político se defina según normas constitucionales y no por la fuerza. Otras instituciones, como las que reconocen y protegen el derecho de propiedad para todos y las que movilizan la inversión, inciden también con gran claridad en el proceso de desarrollo.

(57) Rubén Hernández Valle, “El amparo en Costa Rica”, en la obra citada en la nota anterior.

(58) Adam Przeworski y Carolina Curvales, “Instituciones Políticas y Desarrollo Económico en las Américas: el largo plazo”, en la obra *Visiones del Desarrollo en América Latina*, José Machinea y Narcis Serra (editores), Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, junio de 2007, pág. 179.

En todo caso, como dicen Przeworski y Curvales “el desarrollo no puede continuar cuando la gente se pelea, y no tiene otra forma de resolver sus conflictos a menos que se establezca algún tipo de reglas. Además, las reglas impuestas por la fuerza, establecidas por golpes militares o perpetuadas por autogolpes, impiden el crecimiento ... La existencia de instituciones no puede darse por sentada. Las instituciones surgen y sobreviven solamente si son capaces de generar resultados que todos los grupos que pueden emplear la fuerza física consideren preferibles a luchar entre sí. Esto significa que los resultados generados por el marco institucional tienen que reflejar, hasta cierto punto, la capacidad de ciertos grupos particulares para imponer sus intereses o valores por la fuerza. Por consiguiente cuando la distribución del poder preinstitucional es muy desigual, las instituciones tienen que ser muy desigualitarias para ser estables... pueden ser las instituciones desestabilizadas cuando nuevos grupos adquieren la capacidad de dañar a los intereses ya afianzados”⁽⁵⁹⁾. Las instituciones constitucionales son, sin embargo, por definición igualitarias.

Lo cierto es que las investigaciones empíricas demuestran que la estabilidad de las instituciones constitucionalmente protegidas conduce al desarrollo económico. De ahí el gran valor que adquiere la Constitución en este terreno del desarrollo, proceso que posibilita la satisfacción de las necesidades materiales de las personas y la elevación de su nivel de vida.

6. LA CONSTITUCIÓN COMO MODELO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

En nuestros días en orden jurídico internacional se encuentra en una especie de período de transición hacia nuevos paradigmas en relación al del tradicional orden jurídico de relaciones entre Estados-nacionales soberanos. Lo difícil es saber a ciencia cierta hacia dónde evoluciona este orden, particularmente impactado por dos fuerzas contradictorias: el proceso de internacionalización, palpable en la cesión cada vez mayor de poderes de los Estados nacionales a entidades internacionales y en el crecimiento y fortalecimiento de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, por una parte, y, por otro lado, en la consolidación del poder hegemónico de los Estados Unidos de América en el plano internacional.

Dentro de este contexto nuevo se habla crecientemente del fenómeno de constitucionalización del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales.

La idea no es unívoca pero responde al deseo de conducir el orden internacional siguiendo el modelo constitucional de sujeción de los Estados a normas jurídicas de jerarquía superior, que rijan la producción de otras normas o actos

⁽⁵⁹⁾ Op. cit.

inferiores y que puedan ser impuestas coactivamente por tribunales modelados a la usanza de los tribunales constitucionales⁽⁶⁰⁾.

Se trataría de un orden internacional que se inspira en la Constitución de un país con un Estado de derecho.

Es ya el uso frecuente de este pensamiento en materia de comercio internacional y son muchos los que sostienen que la Organización Mundial del Comercio con su tribunal que aplica su Constitución encaja en el fenómeno que comentamos como lo destaca el profesor de Derecho Internacional Joel P. Trachtman en un estudio reciente⁽⁶¹⁾. Igual criterio han expresado quienes entienden que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) presenta un modelo de protección a la propiedad y de resolución de conflictos comparable a una Constitución⁽⁶²⁾.

Esta tendencia busca alejar el modelo de orden internacional del unilateralismo político de grandes potencias y acercarlo al modelo de una Constitución con valor normativo que es aplicada por jueces imparciales alejados de la política partidista.

Hay que destacar que incluso politólogos norteamericanos de gran prestigio, como el conservador, Francis Fukuyama⁽⁶³⁾ autor de una famosa obra sobre el fin de la Historia, han esbozado esta idea recientemente: “el problema fundamental es la desigual distribución del poder en el sistema internacional. Cualquier país en la situación de los Estados Unidos de América, incluso una democracia, estaría tentado a ejercer su poder hegemónico cada vez con menos control. Los padres fundadores de Estados Unidos estuvieron motivados por una creencia similar de que el poder sin frenos ni contrapesos, incluso cuando tiene legitimidad democrática, puede ser peligroso, razón por la cual crearon un sistema constitucional de separación de poderes para controlar al Órgano Ejecutivo. Tal sistema no existe hoy a escala global, lo que puede explicar cómo los Estados Unidos se han metido en tan grandes problemas. Una más suavizada distribución del poder a nivel internacional, inclusive en un sistema global que sea algo menos que totalmente democrático, brindaría menos tentaciones de abandonar el ejercicio prudente de poder” (mi traducción).

Es palpable aquí otra dimensión del valor de la Constitución.

(60) Cfr. Ronald St. John Macdonald y Douglass Johnston (editores), *Towards World Constitutionalism: Issues in the legal ordering of the World Community*, Ed. Martinus Nijhoff, Holanda, 2005, 939 págs.

(61) “The Constitutions of the WTO”, *The European Journal of International Law*, Oxford university Press, Vol. 17, No. 3, Oxford, 2006, págs. 623 a 643.

(62) David Schneiderman, “Constitution or Model treaty? Struggling over the interpretative authority of NAFTA”, en la obra *The Migration of Constitutional Ideas*, editada por Sujit Choudhry, Cambridge University Press, 2006, págs. 294 a 315.

(63) “A Self-Defeating Hegemony”, 26 de octubre de 2007, realclearpolitics.com. Por: Rubén Correa Freitas.

LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONDICIONANTES: UNA REFLEXIÓN A LOS TREINTA AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR

JAVIER PÉREZ ROYO (*)
(España)

SUMARIO: 1. La Monarquía como presupuesto del proceso constituyente y como resultado del mismo. 2. Las Fuerzas Armadas. 3. La mención de la Iglesia Católica y el derecho a la educación. 4. La composición de las Cortes Generales. 5. La estructura del Estado. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

El tema objeto de este artículo puede ser abordado desde múltiples perspectivas, entre las que he optado por las dos siguientes:

- 1^a La perspectiva contrafactual. Puesto que la Constitución es la que es porque la transición a la democracia se hizo en España de la forma en que se hizo, ¿qué constitución es la que podríamos haber tenido en el caso de que la transición se hubiera hecho de otra manera?
- 2^a La perspectiva de la constitución realmente existente como consecuencia del proceso de transición que efectivamente se produjo.

Aunque a primera vista ambas perspectivas parecen muy distintas y parece que deberían conducir a resultados completamente diferentes, en realidad no es así. Más bien lo contrario. Se llega a resultados bastante coincidentes. A partir del proceso de elaboración de la Constitución tal como realmente fue, es decir, como un proceso que se descompuso en dos fases, una primera en la que se procedió a una *voladura controlada* del régimen de las Leyes Fundamentales nacido de la

(*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España).

guerra civil, siguiendo el procedimiento de reforma en ellas previstas, para pasar en la segunda a un proceso constituyente relativamente convencional, pero muy marcado por la forma en que se había tenido que recorrer la primera fase, podemos deducir lo que la Constitución hubiera sido con un proceso de elaboración distinto, en el que no se hubiera producido la mencionada voladura controlada, sino una ruptura con el régimen nacido de la guerra civil y se hubiera puesto en marcha el proceso constituyente bajo la dirección de un Gobierno provisional, que hubiera convocado unas elecciones a Cortes constituyentes.

Antes que nada hay que decir que, independientemente de cómo se hubiera hecho la transición, había límites para el ejercicio del poder constituyente que no podrían haber sido traspasados. España era a mediados de los setenta el país que era. Un país europeo occidental, el último país europeo occidental que todavía no se había constituido democráticamente después de la segunda guerra mundial. Cuando se inicia la transición tras la muerte del general Franco, había un *modelo europeo* de Estado Constitucional democrático perfectamente definido. Con variantes diversas, pero con confines inequívocos. Estábamos en un momento de guerra fría, que se vivía con particular intensidad, sobre todo en Europa. Hoy sabemos que ya en ese momento el modelo comunista estaba muy minado y que tenía perdida la guerra, pero entonces no lo sabíamos. De ahí la comprensión, por decirlo de manera suave, de golpes de estado, como el de Pinochet en Chile, o la tolerancia casi inmediatamente después de dictaduras militares como la que se impuso en Argentina o las reservas no disimuladas ante la fuerte presencia del PCI en el sistema político italiano construido inicialmente con base en la Constitución de 1947, que quedó bloqueado y acabó descomponiéndose de manera definitiva en las décadas finales del pasado siglo. Por lo demás, en ese momento ya se había avanzado de manera significativa en la construcción de lo que acabaría siendo la Unión Europea y era evidente que el objetivo de cualquier país que iniciara un proceso de recuperación de la democracia no podía ser otro que integrarse en las Comunidades Europeas, lo que coloquialmente se conocía como el Mercado Común.

El margen de maniobra del que hubiera dispuesto cualquier país europeo para el ejercicio del poder constituyente era limitado. Dicho margen de maniobra se reducía tanto más cuanto más débil fuera el país. Y no se puede perder de vista que en los años setenta únicamente Grecia, Portugal y España entre los países europeos occidentales no estaban constituidos democráticamente y que los tres venían ocupando desde que se inició el constitucionalismo una posición muy subalterna en el concierto europeo.

En el caso español disponíamos además de lo que podríamos denominar la *vacuna portuguesa*, sobre la que no creo que sea preciso extenderse en un artículo como este. A Portugal se le hizo ver de manera inequívoca cuáles eran los límites para un proceso constituyente digamos *revolucionario* a mediados de los setenta.

A España no hizo falta, porque la experiencia portuguesa estaba a la vista, de la misma manera que el fracaso de la política de ruptura con el capitalismo del primer Gobierno Mitterand vacunaría al primer Gobierno presidido por Felipe González en 1982.

Hubiese sido como hubiese sido la transición a la democracia, *la Constitución* estaba prefigurada en sus elementos esenciales. Tendría que ser una Constitución democrática europea, reconocible como tal, por utilizar la expresión del Tribunal Constitucional para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales (STC 11/1981).

Ahora bien, esto no quiere decir que la Constitución hubiera tenido que ser la que ha sido. Límites en el ejercicio del poder constituyente no es sinónimo de determinismo constitucional. El margen de maniobra no era ilimitado, pero había margen de maniobra.

En mi opinión, con un proceso de transición distinto, que hubiera desembocado en un proceso constituyente convencional, que no hubiera tenido que ser pactado por los partidos democráticos con las fuerzas del régimen del general Franco o, mejor dicho, que no hubiera tenido que ser pactado por las fuerzas de dicho régimen con los partidos democráticos, la Constitución habría sido distinta al menos en los siguientes extremos:

- 1º Hubiera sido una Constitución republicana en lugar de una Constitución monárquica.
- 2º No hubiera figurado la mención a las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar.
- 3º No habría figurado la mención a la Iglesia Católica en el artículo 16 y, en conexión con ello, no figuraría el derecho a la educación en los términos en que figura en el artículo 27.
- 4º La composición de las Cortes Generales no sería la de los artículos 68 y 69 de la Constitución.
- 5º La descentralización política se habría efectuado de manera distinta.

En esto cinco extremos estoy seguro de que la Constitución hubiera sido distinta. En lo demás creo que habría sido la misma. Redactada de una manera más o menos distinta, pero la misma. Los derechos habrían sido constitucionalizados como derechos fundamentales, el régimen político habría sido un régimen parlamentario, el sistema de fuentes del derecho sería el que es, la cláusula de apertura a la Unión Europea sería la del artículo 93, los principios constitucionales del poder judicial habrían sido los del título VI y las garantías constitucionales, reforma y justicia constitucional, figurarían como figuran en los Títulos IX y X.

Quiero decir, con ello, que los condicionantes del proceso de elaboración de la Constitución se circunscriben, en mi opinión, a esos cinco extremos: Monarquía, Fuerzas Armadas, Iglesia, Composición de las Cortes Generales y Estructura del Estado.

Son extremos importantes, aunque no todos fueron igualmente importantes en el momento de la transición y, sobre todo, no todos continúan teniendo la misma importancia tras la entrada en vigor de la Constitución. La Constitución habría sido distinta de la actualmente vigente así como también lo habría sido el sistema político resultante de su aplicación respecto del que hoy tenemos. No estoy seguro de que hubiera sido mejor ni tampoco de que hubiera sido peor. De lo que estoy seguro es de que habría sido distinto.

1. LA MONARQUÍA COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE Y COMO RESULTADO DEL MISMO

La Monarquía no fue objeto de debate en el proceso constituyente. Los partidos tuvieron que aceptar la opción por la Monarquía o, dicho de otra manera, descartar la República, para que el primer paso del proceso constituyente, la convocatoria de las elecciones de 15 de junio de 1977, pudiera darse. Cuando se celebraron dichas elecciones, la decisión constitucional ya había sido adoptada. De ahí que en las Actas de las Cortes Constituyentes no quede más rastro que el voto particular testimonial del PSOE en el primer proyecto de Constitución y algunas posiciones muy minoritarias de Esquerra Republicana de Catalunya o del senador Xirinach de la Entessa.

Este fue el primer condicionante del proceso de elaboración de la Constitución. España había sido definida como Reino en las Leyes Fundamentales del régimen nacido de la guerra civil y, en consecuencia, dado que la transición se hizo de la manera ya conocida, no cabía duda de que esa definición preconstitucional de España como Reino no podía ser puesta en cuestión. La Restauración de la Monarquía se había efectuado por el general Franco, pero no podía ser puesta en cuestión en el proceso de transición a la democracia.

Esto debe ser expresamente subrayado. La Monarquía no es antidemocrática, sino simplemente a-democrática, pero la Monarquía en España fue restaurada antidemocráticamente, como consecuencia de un golpe de Estado contra un régimen democráticamente constituido y fue esta Monarquía antidemocráticamente restaurada la que tuvo que ser aceptada como paso previo para el ejercicio del poder constituyente. En términos constitucionales, la Monarquía es la huella más inequívoca del régimen del general Franco en nuestra fórmula de gobierno. Fue un condicionante que se insertó en la Constitución, que se convirtió en Derecho Constitucional.

La finalidad del condicionante es clara. Mejor dicho, era clara, pues no acabó operando como se suponía que lo haría o, al menos, como se suponía que lo haría para quienes más insistieron en su inclusión en el texto constitucional.

La Monarquía en el Estado Constitucional ha sido un elemento competidor de la legitimación democrática del poder. La competición política en el Estado, en todo Estado, necesita un árbitro. El único árbitro conceptualmente aceptable es el cuerpo electoral. Competición entre elites arbitrada periódicamente por el cuerpo electoral. En esto consiste todo sistema político democrático. En el día de hoy esto ya no se discute. Pero históricamente sí se ha discutido. En España en particular, dada la debilidad del arbitraje electoral hasta la Segunda República, el sistema político no pudo prescindir hasta ese momento del arbitraje regio. La Corona no había dejado de ser nunca hasta 1931 el árbitro del sistema político. No lo había sido nunca o casi nunca de manera exclusiva y no lo había sido siempre con la misma intensidad, pero no había dejado de serlo nunca. Mantener como reserva de legitimidad esta instancia a-democrática, pero impuesta antidemocráticamente, es, obviamente, lo que implicaba, en principio, la imposición de este condicionante.

Juan Carlos I hizo uso de su función arbitral desde el momento en que, tras la muerte del general Franco, tuvo posibilidad de hacerlo. En realidad dicha función arbitral fue una pieza decisiva para que la primera parte de la transición, la voladura controlada del régimen nacido de la guerra civil, se hiciera como se hizo. Sin el arbitraje del Rey la operación no hubiera sido posible de la forma en que se hizo. Se habría tenido que hacer de una forma distinta. Con ello no quiero decir que el Rey fuera el artífice de la transición, como a veces se deja caer con cierta ligereza, pero sí subrayar que fue una pieza muy importante en la instrumentación del proceso a través del cual se hizo real y efectivamente la transición.

Esa función arbitral se expresó entre el momento de la muerte del general Franco y la celebración de las elecciones del 15 de junio de 1977 en varios momentos decisivos. En el ejercicio de esa función arbitral se expresa con mucha precisión lo que fue la transición, esa combinación de continuidad con el pasado para acabar en una fórmula política no ya distinta, sino completamente antagónica.

El primero de ellos fue el mantenimiento de Carlos Arias Navarro como presidente del primer gobierno de la Monarquía. El segundo, la exigencia indirecta a Carlos Arias Navarro de su dimisión a través del episodio de las declaraciones a la revista *Newsweek*, en las que calificó su gestión como un “desastre sin paliativos”. El tercero su indicación al entonces presidente del Consejo del Reino, Torcuato Fernández Miranda, de que intentara conseguir que Adolfo Suárez figurara en la terna que dicho órgano le tenía que proponer para la designación de presidente del gobierno. El propio Torcuato Fernández Miranda diría a la salida de la reunión del Consejo del Reino en que se había elaborado la terna que estaba en condiciones de

ofrecer al Rey lo que éste le había pedido. El cuarto fue la elección de Adolfo Suárez, que figuraba el tercero en la propuesta del Consejo del Reino frente a los dos primeros, Federico Silva y López Bravo.

El inicio de la *voladura controlada* de las Leyes Fundamentales del régimen nacido de la guerra civil se dirigió por el Rey haciendo uso de su función arbitral. Sin esa reserva de legitimidad de la que es depositaria la institución monárquica y que es tanto más intensa cuanto más ausente está el principio de legitimidad democrática, no hubiera sido posible que la primera fase de la transición se hubiera podido desarrollar como efectivamente se desarrolló.

En la segunda fase de la transición, en el proceso constituyente relativamente convencional mediante el cual se elaboró la Constitución, la función arbitral del Rey *brilla por su ausencia*, ya que no es imaginable, aunque no se pueda demostrar, que el Rey no estuviera al tanto y no diera su consentimiento a la exigencia que se les hizo a todos los partidos de la oposición democrática de que la Monarquía no podía ser puesta en cuestión en el proceso constituyente, así como también al compromiso constitucional a través del cual se decidió la posición de la Monarquía en la futura Constitución democrática.

En la Constitución la función arbitral del Rey desaparece, a pesar de que en el artículo 56.1 CE se afirme que el Rey «arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones». No hay en el resto del texto constitucional ninguna atribución específica que le permita al Rey ejercer esa función arbitral y no ha habido desde la entrada en vigor de la Constitución momento alguno en el que el Rey haya ejercido tal función, a pesar de que en alguna ocasión se le han hecho invitaciones interesadas en ese sentido, en particular en momentos de tensión entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo o por parte de algún alto mando del Ejército.

Y es así, porque el principio de legitimación democrática es incompatible con cualquier otro, porque es un principio que no admite excepción de ningún tipo. Respecto de la legitimación democrática no puede predicarse lo de que no hay regla sin excepción. La excepción en este terreno es siempre contravención de la regla. De ahí que no pueda haber una sola manifestación de poder en el Estado que no tenga una relación directa o indirecta con dicho principio de legitimación. Ello excluye que una magistratura hereditaria y, por tanto, a-democrática, pueda ocupar algún lugar en el ejercicio del poder.

Dado que el principio de legitimación democrática no podía no ser el fundamento de la nueva Constitución, la definición de la Monarquía y la posición constitucional de La Corona en la economía del texto constitucional estaba predeterminada. La Monarquía tenía que figurar después del principio de legitimación democrática y La Corona tenía que figurar como un órgano, pero no como un

poder del Estado. Así se haría. En el artículo 1.2 figuraría el principio de legitimación democrática: “la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”. En el 1.3 figuraría la definición de la Monarquía: “la forma del Estado español es la Monarquía parlamentaria”. La posición de La Corona se apartaría de la ubicación que tuvo El Rey en todas las constituciones monárquicas del siglo XIX, en las que figuraba como titular del poder ejecutivo en el título inmediatamente posterior al dedicado a las Cortes, para situarse en el Título II, inmediatamente antes del dedicado a las Cortes, con el que, con la referencia al principio de legitimidad democrática en el primer inciso del primer artículo de dicho Título, el constituyente indica que se empiezan a configurar los poderes del Estado, dejando a La Corona fuera de los mismos.

La Monarquía como *presupuesto* del poder constituyente fue una monarquía completamente distinta a la monarquía como *resultado* del ejercicio de dicho poder constituyente. La primera era una institución antidemocrática. La segunda es una institución a-democrática. Ese tránsito de una a otra no hubiera podido hacerse sin el consentimiento y la participación activa del Rey Juan Carlos, que de esta manera selló por primera vez en nuestra historia político-constitucional el compromiso de la institución monárquica con la democracia.

Ese compromiso lo refleja perfectamente la Constitución de 1978, que es la que con más diafanidad y con menos interferencias expresa el principio de legitimación democrática del poder. Del 1.2, principio de legitimación democrática, se pasa al 66.1, legitimación democrática directa de las Cortes Generales, al 99, investidura del presidente del gobierno por el Congreso de los Diputados y al 117.1, legitimación democrática del poder judicial mediante la sumisión únicamente al imperio de la ley. No ha habido ninguna constitución española anterior, ni siquiera la republicana de 1931, que haya expresado con tanta diafanidad y tan libre de interferencias la cadena de la legitimación democrática de los poderes del Estado, ya que en esta última la configuración constitucional del Presidente de la República le permitía interferir en el proceso de legitimación democrática del poder de una manera perturbadora.

Visto con la perspectiva que nos da el paso del tiempo, no podemos decir que el condicionante monárquico afectara negativamente al proceso de definición democrática de nuestra fórmula de gobierno. La inclusión de la Monarquía en la Constitución fue un magnífico ejemplo de hacer de necesidad virtud.

El compromiso de la Democracia con la Monarquía y de la Monarquía con la Democracia se ha respetado escrupulosamente desde la entrada en vigor de la Constitución tanto por las autoridades democráticamente elegidas como por los miembros de la Casa Real. De ahí que, como indican todos los estudios de opinión, la alternativa de la República no cuente en este momento con apoyo significativo en la sociedad española.

Ahora bien, no se puede pasar por alto que no ha habido propiamente una decisión constituyente por parte del pueblo español sobre la Monarquía. Este es un elemento de fragilidad de la institución monárquica en nuestro sistema político difícilmente evaluable, pero que está ahí. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que la restauración de la Monarquía por el régimen nacido de la guerra civil condicionó de manera determinante el proceso de elaboración de la Constitución.

2. LAS FUERZAS ARMADAS

La inclusión de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar de la Constitución, inmediatamente después de los partidos políticos y los sindicatos y asociaciones empresariales como instituciones de relevancia constitucional, jamás se habría producido si la transición a la democracia se hubiera hecho de otra manera. El texto del artículo 8 de la Constitución reproduce prácticamente el del artículo 37 de la última de las Leyes Fundamentales aprobadas en vida del general Franco, la Ley Orgánica del Estado de 1967. No consta que en este caso hubiera presión expresa de ningún tipo para que la mención de las Fuerzas Armadas se hiciera de la forma en que se hizo, pero no cabe duda de que en el contexto de otra transición, dicha mención hubiera sido impensable. Se trata, por lo demás, de una mención insólita en el derecho comparado de nuestro ámbito histórico y cultural.

La mención de las Fuerzas Armadas está conectada con el condicionante monárquico que acabamos de analizar y cumplía una finalidad concomitante con la de este. En ambos casos se trataba de enviar una señal a las futuras autoridades democráticamente elegidas de que hay otros poderes que, aunque no tengan legitimación democrática, existen. El recuerdo de una especie de *poder militar*, tradicionalmente vinculado a la figura del Rey, se dejaba en la Constitución, sin que se pudiera precisar ni poco ni mucho lo que eso podía significar, pero se dejaba. Un cierto aire de *tutela* sobre el poder democráticamente constituido se deducía, tras la constitucionalización de la Monarquía, de la incorporación de las Fuerzas Armadas a la parte noble de la Constitución, sometida al proceso de reforma agravado del artículo 168 CE, en la que figuran las decisiones políticas constitucionalmente conformadoras del Estado, los principios políticos y jurídicos inspiradores y fundamentadores de todo el sistema y la mención de las asociaciones indispensables para el funcionamiento del Estado democrático: los partidos políticos.

Los términos en que está redactado el artículo 8, en el contexto en que se hizo la transición, eran preocupantes. En primer lugar, porque se les atribuía una *misión* sin prever expresamente que únicamente podrían ser llamados a la misma por los órganos constitucionales legitimados para ello, Cortes Generales y Gobierno de la Nación, y en segundo, porque la misión de la *defensa de la integridad territorial* podía tener una lectura tanto externa, frente a una agresión de otro

Estado, en cuyo caso no habría nada que decir, como interna, frente a la voluntad de constituirse como Estado independiente de alguna de las nacionalidades o regiones cuyo derecho a la autonomía se reconocía en el artículo 2 CE, lo que resulta completamente inaceptable. Las Fuerzas Armadas no pueden tener ninguna *misión* que cumplir frente a un referéndum como el que se ha celebrado en Montenegro recientemente o como los que se celebraron en su día en Québec. Ese es un asunto que tiene que ser resuelto por las autoridades civiles sin interferencia alguna de las Fuerzas Armadas.

Esta mención no tuvo desarrollo posteriormente en el texto constitucional y la interpretación que se hizo de la misma en la legislación inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Constitución ha sido impecable desde una perspectiva democrática. Las distintas Leyes Orgánicas, (básicamente LO 6/1980 y 1/1984), que han regulado la defensa nacional y la organización militar han dejado claro que no existe un poder militar sino únicamente un poder civil, democráticamente legitimado y que las Fuerzas Armadas únicamente pueden ser llamadas a cumplir la *misión* que el artículo 8 les asigna por el Gobierno de la Nación previa autorización por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (artículo 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio).

Por lo demás, la amenaza de la posible afirmación de un poder militar vinculado a la Monarquía que ejerciera una tutela sobre el poder civil desaparecería tras el fracaso del golpe de Estado del 23 F de 1981. Es obvio que, a partir de esa fecha, la interpretación que cabe hacer de los dos condicionantes que estamos examinando es muy distinta de la que se podía hacer antes de ese día. Ambos operaron de una manera distinta a lo que podían haber previsto quienes los pusieron como condicionantes para la transición a la democracia. El intento de golpe de Estado de 1981 tuvo como resultado la confirmación de la vinculación de la Monarquía con la Democracia e hizo desaparecer la sombra de un poder militar en el nuevo sistema político definido por la Constitución de 1978.

La presencia de ambos condicionantes en el texto constitucional no nos dice prácticamente nada en el día de hoy sobre el funcionamiento de nuestro sistema democrático, pero es un indicador de la manera en que se hizo la transición a la democracia.

3. LA MENCIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La mención de la Iglesia Católica que figura en el artículo 16, en el que se reconoce el derecho a la libertad religiosa es la expresión del tercero de los condicionantes que operó en el proceso constituyente.

En realidad dicha mención es *materialmente* anticonstitucional. No lo es formalmente, porque la puso el constituyente. Pero materialmente sí lo es. El reco-

nocimiento de la libertad religiosa no puede ir acompañado de la mención de ningún tipo de confesión. Es una contradicción en los términos. En la lógica del Estado Constitucional no cabe nada más que el reconocimiento del derecho y la garantía de su ejercicio. Como consecuencia de dicho ejercicio resultará después una determinada realidad religiosa, que tiene o puede tener una gran importancia desde un punto de vista sociológico e incluso político, pero que constitucionalmente tiene que ser irrelevante. Es obvio que, con una transición distinta, dicha mención no hubiera figurado en la Constitución.

De la misma manera que hubiera sido muy distinta la redacción que se le hubiera dado al artículo 27, en el que se reconoce el derecho a la educación. En la Constitución únicamente debería figurar la obligación que supone para el Estado garantizar el ejercicio del derecho a la educación, que es un derecho con una vertiente prestacional muy importante. El constituyente tenía que haber dejado que fueran las autoridades democráticamente elegidas de acuerdo con lo previsto en la Constitución, las que después definieran el modelo educativo en función de los programas a los que ciudadanos dieran su apoyo. La hipoteca que para un modelo público de prestación del servicio educativo supone la redacción del artículo 27 CE únicamente se explica por la forma en que se produjo la transición.

De la misma manera que únicamente se explica a través de ella los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede firmados el 3 de enero de 1979, es decir, formalmente posconstitucionales, pero materialmente preconstitucionales, a través de los cuales se desarrollaron parcialmente los artículos 16 y 27 de la Constitución de una manera constitucionalmente más que dudosa, por decirlo de forma suave.

Las relaciones entre la Iglesia y el Estado han quedado definidas en unos términos en los que está muy presente la posición alcanzada por la Iglesia en el Régimen nacido de la guerra civil y que no es explicable en un Estado democrático laico.

A diferencia de los dos primeros condicionantes, cuya presencia tuvo importancia en los momentos de la transición y de la inicial puesta en marcha de la Constitución, pero que han dejado de ser después problemas para el funcionamiento de la democracia española, este de las relaciones Iglesia/Estado se ha ido convirtiendo en un problema progresivamente más agudo con el paso de los años. Es, por tanto, un condicionante que está gravitando sobre nuestro sistema político con una intensidad, que si no es, ni de lejos, similar a aquella con que gravitó en otros momentos de nuestra historia política y constitucional, sí es mucho mayor de lo que razonablemente cabría esperar en una sociedad democrática europea a estas alturas de la historia.

A los casi treinta años de la entrada en vigor de la Constitución, creo que se puede afirmar que la democracia española no ha aprobado todavía la asignatura de sus relaciones con la Iglesia Católica.

4. LA COMPOSICIÓN DE LAS CORTES GENERALES

Los tres condicionantes de los que hemos hablado hasta ahora vienen de lejos, de tan lejos como el propio Estado Constitucional. La Monarquía, las Fuerzas Armadas y la Iglesia Católica han sido elementos esenciales en la vida político-constitucional española desde que se inicia el proceso de construcción del Estado Constitucional tras la invasión francesa en 1808. Han sido *problemas* no para la democracia en España sino para la conservación de un régimen constitucional. La presencia de esos tres institutos como *problemas* en el pasado es la que gravitó de manera inequívoca en el momento de la transición y la que condicionó de la forma que se acaba de ver la elaboración de la Constitución.

El condicionante que vamos a examinar a continuación no es un condicionante *histórico*, sino que es un condicionante que tuvo su origen en el propio proceso de la transición. Es, justamente por ello, la huella más importante de la transición en nuestro texto constitucional y la que gravita con más intensidad sobre nuestro sistema político.

Parece increíble, pero el órgano constitucional más importante, el único legitimado democráticamente de manera directa y a través del cual reciben su legitimación democrática los otros dos poderes del Estado, el ejecutivo y el judicial, no fue definido a través del ejercicio del poder constituyente, sino que se definió con base en la última de las Leyes Fundamentales de Franco, la Ley para la Reforma Política de 1976, tal como fue desarrollada por el Real Decreto-ley de 15 de abril de 1977, por el que se reguló la convocatoria de las elecciones de 15 de junio de 1977. En el proceso constituyente se reprodujo exactamente la composición del Congreso de los Diputados que figuraba en dicho Decreto-ley y casi exactamente la del Senado. Hay senadores autonómicos, pero son claramente minoritarios respecto de los senadores provinciales, que era la fórmula del Real Decreto-ley de 1977.

Con mucha diferencia la decisión que se adoptó por la Ley para la Reforma Política y por el Real Decreto-ley de abril de 1977 de que las primeras Cortes elegidas democráticamente fueran Cortes bicamerales y con una composición del Congreso de los Diputados y, sobre todo, del Senado, que beneficiaba de manera clara a la derecha española, fue la que más condicionó el proceso de elaboración de la Constitución y la que acabó dejando la huella más profunda en su texto.

La decisión más importante que se puede tomar sobre la redacción de una norma jurídica es la relativa a la composición del órgano que tiene que redactarla. Una vez decidida la composición del órgano, el contenido de la norma está prefigurado. Y esto ocurrió en el proceso constituyente de 1977-78, a pesar de que el resultado de las elecciones del 15 de junio de 1977 fue mucho menos favorable a los partidos de derecha de lo que había previsto el Gobierno presidido por Adolfo Suárez. Pero aún así, aunque el resultado proporcionó un equilibrio entre la derecha

y la izquierda que hizo inevitable que las Cortes devinieran constituyentes, tanto aritmética como políticamente la derecha estaba en una posición de ventaja en la negociación del texto constitucional.

Prueba de ello son los condicionantes que ya hemos visto y, sobre todo, éste. Aunque inicialmente nadie pensaba que la composición de las Cortes Generales elegidas el 15 de junio podía ser la composición que tendría el órgano en la Constitución, no fue posible llegar a un acuerdo sobre la composición de las mismas, reproduciéndose, en consecuencia, la composición definida pre y anticonstitucionalmente en el Decreto-ley de 15 de abril.

Este incidente es la expresión más clara de un problema constitucional que venimos arrastrando en España desde los orígenes mismos de nuestra historia constitucional. Los españoles no hemos sido capaces de ejercer nunca el poder constituyente en circunstancias de normalidad, sino que únicamente hemos sido capaces de ejercerlo en circunstancias extremas, cuando no podíamos no ponernos de acuerdo porque estábamos al borde del abismo. Por eso, no hemos sido capaces de reformar la constitución una vez que la habíamos aprobado. La incapacidad para hacer la reforma es la expresión más clara de nuestro ejercicio patológico del poder constituyente

La reforma de la Constitución es el ejercicio normalizado del poder constituyente, es la expresión de que una sociedad es capaz de renovar su voluntad de vivir juntos bajo una misma norma no porque no se tiene más remedio, como suele ocurrir en los procesos constituyentes originarios, sino porque voluntariamente así se acuerda. El país está constituido y no es, en consecuencia indispensable ponerse de acuerdo para hacer indispensable la convivencia. Se hace la reforma porque se estima conveniente, porque se valora positivamente la fórmula de gobierno de que se dispone y se la reforma para perfeccionarla y para conseguir que aumenten sus posibilidades de duración indefinida. Esto es algo que se ha hecho con normalidad en los países democráticamente constituidos, pero que no hemos sido capaces de hacer en España, ni antes de 1978, ni tampoco desde entonces.

La decisión sobre la composición de las Cortes Generales era la única decisión materialmente reformadora que tenían que adoptar las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977. La composición de las Cortes ya estaba fijada. Era el único contenido obligatorio de la Constitución del que ya se disponía. Todo lo demás había que construirlo de nueva planta, pero las Cortes Generales ya existían. Se trataba de darle una composición diferente. Y no fue posible. La tradicional incapacidad de la sociedad española para tomar decisiones constituyentes de manera voluntaria se volvería a poner de manifiesto en el proceso constituyente de 1977-78, de la misma manera que se volvería a poner de manifiesto desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Obviamente, con una transición que no se hubiera hecho como efectivamente se hizo este condicionante no habría podido darse. Las Cortes Constituyentes habrían sido unas Cortes unicamerales, que habrían estado obligadas, en el caso de que decidieran constituir un Estado políticamente descentralizado, a incluir en la Constitución unas Cortes bicamerales, lo que les hubiera obligado a tomar una decisión propia sobre la composición de las mismas. El caso es que no fue así y que, como consecuencia de ello, la institución a través de la cual se produce la asignación del poder a partir del ejercicio del derecho de sufragio por parte de los ciudadanos y a través de la cual se ejerce dicho poder en nombre de ellos, sigue siendo un instrumento pre y antidemocráticamente diseñado, aunque acabara siendo ratificado por las Cortes constituyentes y aprobado en referéndum. Unas verdaderas Cortes constituyentes convocadas como tales por un Gobierno que no hubiera nacido del régimen anterior jamás habrían tenido la composición que tuvieron las Cortes que hicieron la Constitución de 1978 y, en consecuencia, las Cortes de nuestra Constitución serían otras. Dada la dificultad que tenemos para reformar la Constitución, es más que probable que este condicionante quede por mucho tiempo.

5. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

En los cuatro condicionantes que hemos examinado está claro que la Constitución habría sido otra completamente distinta en caso de que la transición se hubiera hecho de una manera distinta a como efectivamente se hizo. Habría sido republicana y no monárquica, no habría existido la mención de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar, ni la mención de la Iglesia Católica en el artículo 16 CE, ni se habría reproducido la composición de las Cortes del Real-Decreto ley de 15 de abril de 1977.

¿Qué habría ocurrido en el quinto, en el relativo a la estructura del Estado?

En este caso no tengo duda de que la Constitución habría establecido una estructura del Estado políticamente descentralizada. La sociedad española en el momento en que se inicia la transición posiblemente no sabía muy bien qué estructura del Estado quería, pero sí sabía muy bien qué estructura del Estado no quería o, todavía más, que estructura del Estado no podía en ningún caso querer. Sabía que el Estado unitario y centralista no podría ser la forma de Estado de la democracia española. Sobre esto no tenía la menor duda y, en consecuencia, con otra vía de acceso a la democracia distinta de la que tuvimos, también habríamos llegado a un Estado políticamente descentralizado.

La respuesta a la expresión de este condicionante no puede ser, pues, tan inequívoca como la respuesta a los cuatro anteriores. Descentralización política hubiéramos tenido en todo caso. ¿Qué descentralización? Esta es la cuestión.

Este es un interrogante al que no se si es posible dar algún tipo de respuesta, pero al que yo, al menos, soy incapaz de dársela. Creo que las variables que habría que tomar en consideración son tantas y que es tan difícil, por no decir imposible, predecir como habrían interactuado, que no hay manera de saber qué estructura del Estado se habría acabado imponiendo con un acceso a la democracia por una vía distinta a la de la transición.

Lo que sí sabemos, porque de ello queda testimonio en las actas de las Cortes Constituyentes, es que tuvo que haber resistencias muy fuertes al intento de establecer la estructura del Estado más próxima a la del Estado Federal, que fue la primera propuesta que se hizo por parte de la Ponencia encargada de la redacción del Anteproyecto de la Constitución.

A diferencia de lo que ocurre con los cuatro primeros condicionantes, en los que el iter constituyente no nos dice prácticamente nada, en este quinto el análisis de las actas de las Cortes Constituyentes sí tiene mucho interés.

Y lo tiene porque el constituyente partió de una definición de la estructura del Estado bastante precisa. La «desconstitucionalización de la estructura del Estado» (Cruz Villalón) del texto definitivo de la Constitución no figuraba en el primer Proyecto de Constitución, sino que fue el resultado de las resistencias a la constitucionalización del modelo de estructura que en dicho Proyecto se contenía. La desconstitucionalización no fue, pues, un punto de partida, sino un punto de llegada.

En el primer Proyecto de Constitución, el publicado en el BOC el 5 de enero de 1978, hay una definición clara y completa de la estructura del Estado, que puede ser sintetizada en los siguientes puntos:

- 1º La decisión política constitucionalmente conformadora de la estructura del Estado del artículo 2 estaba formulada en términos muchos más sencillos que la decisión que definitivamente figuraría en el texto de la Constitución. El artículo 2 originario se limitaba a establecer el principio de unidad política del Estado y a reconocer el derecho a la autonomía de manera clara y precisa: «La Constitución se fundamenta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran». No hay ninguna de las reservas, de los temores se podría decir, que en el texto definitivo se expresarían, de manera implícita, pero muy expresiva, sobre los posibles efectos disgregadores del ejercicio del derecho a la autonomía.
- 2º Se diferenciaba en la ubicación en la Constitución la autonomía municipal y provincial de la autonomía regional/nacional. Las primeras figuraban en el Título V, dedicado al Gobierno y a la Administración, (art. 105), contemplándose, además, que a través de los Estatutos de Autonomía los Territorios

Autónomos pudieran establecer, mediante la agrupación de municipios, circunscripciones distintas de la Provincia (art. 105.2). A la segunda se dedicaba en exclusiva el Título VIII.

- 3º En este Título VIII el ejercicio del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones estaba regulado de manera bastante precisa, previéndose los siguientes momentos del ejercicio de tal derecho en condiciones de igualdad para todos los Territorios:
- a) La iniciativa del proceso autonómico (art. 129) se atribuía a las dos terceras partes de los municipios que representaran la mayoría absoluta de la población de cada una de las Provincias que quisieran constituirse en Territorio Autónomo. Era la única vía de acceso a la autonomía.
 - b) El proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía era el siguiente (art. 131): Una vez ejercida la iniciativa autonómica, el Gobierno convocaba a los Diputados y Senadores elegidos en las provincias que quisieran constituirse en Territorios Autónomos, para que se constituyeran en Asamblea, a los solos efectos de elaborar el proyecto de Estatuto mediante el acuerdo de la mayoría absoluta. Aprobado el proyecto se remitiría a la Comisión Constitucional del Congreso, la cual, en el plazo de dos meses, lo examinaría con el concurso y asistencia de una delegación de la asamblea proponente para determinar de común acuerdo su formulación definitiva. Si se alcanzase dicho acuerdo, el texto resultante sería sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias afectadas. Si el texto fuera aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos, sería elevado a las Cortes generales para su ratificación por éstas. De no alcanzarse el acuerdo entre la Comisión Constitucional y la delegación de la asamblea proponente, el texto sería tramitado como proyecto de ley por las Cortes Generales y sometido a continuación a referéndum del cuerpo electoral de las provincias afectadas.
 - c) El contenido obligatorio del Estatuto, definido como norma institucional básica de cada Territorio Autónomo, debería ser el siguiente: delimitación del territorio, regulación y denominación de las instituciones autónomas propias, competencias asumidas, procedimiento de reforma y organización institucional que se basará en una Asamblea, un Consejo de Gobierno y un Presidente (art. 132).
 - d) A la Asamblea, elegida por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, con arreglo a un sistema de representación proporcional, correspondía la potestad normativa, la potestad presupuestaria y el control del Gobierno (art. 133).

- e) Al Consejo de Gobierno, bajo la dirección de un Presidente, elegido por la Asamblea, y responsables ante ella, corresponde la función ejecutiva incluida la potestad reglamentaria (arts. 134-136).
- f) La delimitación de las competencias entre el Estado y los Territorios Autónomos se establecía mediante una lista única en la que figuraban las competencias del Estado, pudiendo los Territorios Autónomos asumir competencias sobre todas las materias no reservadas al Estado (arts. 137 y 138).
- g) Se contemplaba un único sistema de financiación para todos los territorios, sin especificidad foral alguna (arts. 145-149).
- h) En la Disposición Adicional Cuarta se preveía el orden de tramitación de los distintos Estatutos, que sería el de la fecha de su remisión a la Comisión Constitucional.
- i) Por último, el Senado sería la Cámara de representación de los distintos Territorios Autónomos, siendo elegidos los senadores por las Asambleas legislativas de dichos Territorios, en número de diez por cada Territorio más uno por cada quinientos mil habitantes o fracción superior a doscientos cincuenta mil, con el límite que ningún Territorio podría tener el doble de senadores que otro (art. 60).

Como puede verse, el primer Proyecto de Constitución la estructura del Estado, ya que establecía, en primer lugar y de manera inequívoca, que las condiciones de ejercicio del derecho a la autonomía reconocido a las «nacionalidades y regiones» eran las mismas para todas y, en segundo, las equiparaba a todas en cuanto unidades de descentralización política del Estado en general y, en particular, en el proceso de formación de la voluntad general del Estado a través del Senado. El modelo de estructura del Estado que se proponía era el más próximo posible al de un Estado Federal.

A dicho modelo de estructura del Estado únicamente se opondría en su correspondiente Voto Particular el grupo parlamentario de AP. Todos los demás grupos parlamentarios parecía que aceptaban como punto de partida dicha propuesta, sin expresar reservas esenciales sobre la misma.

Por qué la constitucionalización de la estructura del Estado que el primer proyecto de Constitución se abandonaría por la desconstitucionalización que finalmente se incorporaría al texto definitivo de la Constitución, es algo que las actas de las Cortes Constituyentes no aclaran. En dichas actas se puede seguir el tránsito de la constitucionalización a la desconstitucionalización de la estructura del Estado, pero en ningún momento se explica el porqué. Nadie dio ninguna explicación en sede constituyente de por qué se cambiaba de un modelo de estructura del Estado a otro

o, mejor dicho, a un no modelo, porque al final la Constitución no contiene ninguno, aunque con base en ella se haya acabado imponiendo uno.

Es obvio que, con una vía distinta de acceso a la democracia, la estructura del Estado se habría definido de otra manera y que, con bastante probabilidad, habría quedado constitucionalizada, pero poco más se puede decir.

6. CONCLUSIÓN

Cuando con algo más de treinta años de perspectiva se echa la vista atrás para analizar la transición a la democracia, sorprende que, con tantos pies forzados, pudiera ponerse en pie constitucionalmente un edificio que funcionara de manera razonablemente aceptable.

El proceso constituyente de 1977-78 ha sido, con mucha diferencia, el proceso constituyente más condicionado por el pasado de todos los procesos constituyentes de la historia de España. Ni en los procesos constituyentes de apertura de un ciclo constitucional, 1808-1812, 1836-37, 1868-69 y 1931, ni en los de revisión de tales procesos, 1845 y 1876, se tuvo que hacer una Constitución con una vigilancia tan intensa por parte de estructuras de poder del pasado que no habían sido desmanteladas. Las Cortes Constituyentes de 1977-78 han sido las Cortes Constituyentes con menos poder de todas las que hemos tenido en la historia de España, las que han tenido que actuar con más limitaciones a la hora de hacer la Constitución.

Y sin embargo, su obra ha estabilizado el régimen constitucional en España como no fue capaz de hacerlo ninguna de las anteriores. El trabajo del constituyente de 1977-78 fue un trabajo de hacer de necesidad virtud. Tal vez por ello sea una Constitución que no he generado nunca mucho entusiasmo, pero que ha sido capaz de ser aceptada de forma muy generalizada por la sociedad española.

7. BIBLIOGRAFÍA

Sobre la transición hay una bibliografía enorme, pero sobre el proceso de elaboración de la Constitución Española de 1978 no existe ninguna monografía. Ha sido relativamente bien estudiada la primera fase del proceso constituyente, el que se ha venido a denominar la «voladura controlada» del Régimen de las Leyes Fundamentales, pero no el segundo, el proceso constituyente relativamente convencional que tuvo como resultado la Constitución. El libro de más utilidad para seguir el proceso de elaboración de la Constitución es *La Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*. Madrid 1980. Son interesantes el libro de los periodistas Gallego Díaz, S. y De la Cuadra, B.: *Crónica Secreta de la Constitución*, Madrid 1989 y el de Peces Barba, G.: *La elaboración de la Constitución*, Madrid 1988.

Sobre la Monarquía y sobre su relación con las Fuerzas Armadas sí se ha escrito bastante. Se ha debatido mucho sobre qué interpretación debe darse a la posición de La Corona en el ordenamiento constitucional español en general y en relación con la atribución del «mando supremo de las Fuerzas Armadas» en particular. Se pueden distinguir dos posiciones, una ampliamente mayoritaria, integrada por la mayor parte de los constitucionalistas, que consideran que las atribuciones del Rey tienen un carácter simbólico y otra minoritaria, que considera que tienen carácter efectivo. Entre estos últimos destacan dos juristas que han tenido gran influencia en España, García de Enterría, E. y, sobre todo, Herrero de Miñón.

Sobre la libertad religiosa y la mención de la Iglesia Católica en el artículo 16 CE también hay una bibliografía inmensa. Barrero Ortega, A, en *La libertad religiosa en España*, Madrid 2006, recoge bien el debate constituyente y contiene toda la bibliografía sobre este punto.

Sobre la composición de las Cortes Generales y su incidencia en el funcionamiento del sistema político español acaba de aparecer una monografía de gran interés de Carles Castro, *Relato Electoral de España (1977-2007)*, Barcelona 2007. Incluye la bibliografía relevante.

Para hacerse una idea de la gestación del Título VIII de la Constitución no hay mejor texto que las *Actas de las Cortes Constituyentes*.

EL PODER POLÍTICO Y LA DEMOCRACIA

RUBÉN CORREA FREITAS (*)
(Uruguay)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto del Poder Político. 3. Evolución histórica. 4. El principio de «separación de poderes». 5. La ética en el ejercicio del Poder. 6. El sistema político democrático. 7. La corrupción del Poder Político.

1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un gran honor participar en este homenaje que se le tributa por parte de juristas de América y de Europa al destacado constitucionalista mexicano Dr. Diego Valadés, quien se ha caracterizado por su dedicación al estudio y la investigación a lo largo de muchos años, habiendo demostrado su enorme generosidad y espíritu americanista, que mucho nos enorgullece a quienes cultivamos el Derecho Constitucional.

Además, cuando Diego Valadés integra una pléyade de brillantes constitucionalistas mexicanos, como son el Dr. Héctor Fix-Zamudio y el Dr. Jorge Carpizo, que a lo largo de varias décadas han ejercido, y ejercen, una enorme influencia en el pensamiento constitucional latinoamericano, en defensa de las libertades públicas y de los derechos humanos. Nadie puede dudar de la enorme contribución que han hecho estos constitucionalistas mexicanos a la difusión de institutos de tanta importancia y trascendencia en el Derecho Comparado, como es el caso del recurso o acción de amparo, el Defensor del Pueblo o el control de la constitucionalidad de las leyes.

(*) Decano y Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa; Profesor Agregado de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; ex Senador de la República (2000-2005).

Por ello, me ha parecido pertinente colaborar en este merecido homenaje a un gran Profesor y amigo latinoamericano, como es Diego Valadés, con un trabajo sobre un tema que está directamente relacionado con lo que ha sido su contribución permanente desde la Cátedra, como es el tema del “Poder Político y la Democracia”, que siempre tiene actualidad y que es esencial para comprender cabalmente al Derecho Constitucional, porque la Constitución es siempre y en todas circunstancias a lo largo de la historia, un límite y un control sobre el poder político.

Mas aún, cuando Diego Valadés ha publicado un libro que es de referencia en el Derecho Constitucional Comparado y en la Ciencia Política sobre el estudio del poder, como es su obra “El Control del Poder”, en donde estudia con particular agudeza el problema de la legitimidad del poder, expresando sobre el control que: “se prueba así que el control es inherente al ejercicio del poder, toda manifestación de poder es objeto de una posibilidad de control. Si hubiera un órgano del Estado que no estuviera sujeto a control, se estaría ante el caso de un poder absolutista”⁽¹⁾.

Agrega Valadés estos conceptos medulares que nos permiten comprender cabalmente la importancia del control del poder: “Los controles son asimismo una expresión de la racionalidad del poder. Sin control, el poder sería incomprensible e inaceptable; sin control el poder soberano se transferiría al titular o a los titulares de los órganos del poder, a lo que la teoría soviética del derecho (Vyshinsky, p. 32) denominaría “soberanía estatal”; sin control, el constitucionalismo no tendría fundamento y por lo mismo el Estado de derecho carecería de vigencia y positividad”⁽²⁾.

Por ello es que la lucha de los pueblos a partir de las Revoluciones inglesa de 1688, norteamericana de 1776 y francesa de 1789, ha sido la limitación del poder político, por medio de un instrumento de fundamental importancia como es el principio de “separación de poderes” que ideara genialmente Montesquieu en su conocida obra “El Espíritu de las Leyes”, que recogiera la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, que expresa en forma categórica: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.”

(1) Valadés, Diego, “El Control del Poder”, Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 24.

(2) Valadés, Diego, Ob. cit., pág. 28.

2. CONCEPTO DEL PODER POLÍTICO

Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida de los seres humanos en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas, son el amor, la fe y el poder. Se afirma que estos tres elementos están unidos y entrelazados de una forma misteriosa. El poder de la fe mueve montañas y el poder del amor es el vencedor de todas las batallas. Pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. En tal sentido, podemos decir que la historia nos enseña cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre; y en cambio, cómo el poder ha contribuido a su miseria.

La política no es sino la lucha por el poder. Es así como la ciencia política y la filosofía política no han podido dejar de estudiar en los últimos tiempos, cada vez en forma más intensa, el fenómeno del poder. No deja de resultar sorprendente que todavía no se haya llevado a cabo ninguna profunda investigación sobre el papel que ha jugado, consciente o inconscientemente, el elemento poder en la concepción estatal de los grandes teóricos de la política, desde Aristóteles a Maquiavelo, desde Montesquieu y Rousseau a Lenin.

Debe tenerse en cuenta que el constitucionalismo, producto del pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII, no fue sino la revolución de una nueva clase social contra el tradicional poder místico, tal como se hacía presente en la denominación de la sociedad estatal por la monarquía absoluta. De acuerdo con el clima intelectual en la que se incubó, la teoría tradicional se vio obligada a aceptar que el poder, elemento irracional de la dinámica política, podría ser totalmente eliminado, o por lo menos, neutralizado, por medio de instituciones racionales para su ejercicio y control.

En el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana.

Pero es necesario señalar con particular énfasis y preocupación, que en aquellas sociedades donde el poder político no está restringido y limitado, se produce el exceso y el abuso del poder. Podemos decir sin temor a equivocarnos, que jamás a lo largo de la historia de la humanidad, el hombre ha ejercido el poder ilimitado con moderación y respeto por los derechos individuales. Intrínsecamente, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando el poder no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. Por ello es que sostenemos que el poder sin control es ética y moralmente

negativo, lo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder. Hace más de dos mil quinientos años, Aristóteles distinguió entre las formas puras y las formas impuras de gobierno, teniendo en cuenta que en las formas puras de gobierno se procura servir al bien común de los ciudadanos, mientras que en las formas impuras de gobierno predomina el interés egoísta de los gobernantes. El epigrama de Lord Acton es significativo en cuanto hace evidente el elemento patológico del poder: “El poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente.”

Un destacado sociólogo inglés contemporáneo, como es Anthony Giddens, sostiene que a los fundadores de la sociología como Marx, Durkheim y Max Weber, les parecía que el uso arbitrario del poder político pertenecía esencialmente al pasado. “El “despotismo” parecía ser una característica propia de los estados premodernos, pero en los albores del ascenso del fascismo, el Holocausto, el Estalinismo y otros episodios de la historia del siglo veinte, podemos comprobar que las posibilidades totalitarias están contenidas dentro de los parámetros institucionales de la modernidad, más bien que excluidas de ellos. El totalitarismo es diferente del despotismo tradicional; no obstante, el resultado es igualmente espantoso. El régimen totalitario conecta al poder político con el poder militar y el ideológico, de forma más concentrada que la que era posible antes del surgimiento de los Estados nacionales modernos”⁽³⁾.

Toda sociedad se ordena en torno a un cierto ideal de vida en común, se desarrolla dentro de un estado de conciencia nacido en la solidaridad por la cual sus miembros se sienten unidos. Pero no puede vivir y convertirse en una realidad histórica sin ser estimulada por una fuerza motriz que provoca y controla los movimientos en vista de los cuales se armoniza el organismo social. Esta fuerza es el poder político. Es así como poder y sociedad nacen juntos. No es posible oponerlos como un aspecto de la antítesis libertad-autoridad. El Poder es una condición del orden y la libertad sólo es posible dentro del orden. Por ello el Poder es el fenómeno social por excelencia, porque, por una parte, no se concibe fuera de la sociedad, y, por otra, sin la actuación de un Poder, una sociedad es un cuerpo inerte avocado a la decadencia.

A lo largo de la historia, tan intensa como la lucha por el poder ha sido la lucha contra el poder. Se trata de una singular paradoja que impulsa a los individuos y a los grupos a contender en un doble sentido, que recorre direcciones opuestas.

(3) Giddens, Anthony, “Consecuencias de la Modernidad”, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pág. 21.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Podemos decir que la lucha por el poder se ha producido dentro de tres modalidades básicas: el predominio del más viejo; el predominio del más fuerte; y el predominio del más hábil. La organización patriarcal del poder dejó su sitio a la figura más próxima, que es la monarquía autocrática, a veces electiva y generalmente hereditaria. Aquí la lucha por el poder se libraba entre agentes en número muy limitado, y por esta misma razón se ejercía con crueldad. El predominio del más fuerte requirió otro tipo de expresión y de actuación. Involucró a un mayor número de agentes y supuso la necesidad de la organización. El acceso al poder se dirimió esencialmente a través de la lucha armada. La tercera modalidad premia la habilidad, y sus protagonistas son los partidos políticos. Es la lucha más plural posible, porque el número de agentes es tan amplio como el de ciudadanos y requiere de una consistente organización.

La lucha contra el poder no debe ser confundida con la lucha por el poder. Si bien en muchas ocasiones parecen darse de manera simultánea, se trata realmente de dos formas distintas de expresión. Esa lucha contra el poder también se caracteriza por manifestaciones diferenciadas, dado que o bien se procura la modificación del aspecto y contenido del poder, o en cambio se plantea la disolución del poder mismo, en este último caso para convertirlo en una especie de “criptopoder” en manos de grupos que lo ejercen al margen de cualquier tipo de control y amparados en argumentos de eficacia del mercado, o también se plantea la sustitución de un poder por otro, mediante el desplazamiento violento.

El discurso racionalista, en cuyo abanico se inscriben las tesis de la Ilustración a partir del pensamiento de Locke, Hobbes, Rousseau, Montesquieu, entre otros, sistemáticamente actualizadas por el pensamiento constitucionalista y político moderno y contemporáneo, tenía como objetivo la remodelación del poder.

A lo largo de la historia del pensamiento político, encontramos muchos ejemplos de la polémica sobre el poder. La primera síntesis corresponde a Aristóteles en su obra “La Política”, quien afirma que todos los gobiernos, sin excepción, no son sino la corrupción de la constitución perfecta, y por eso todas las constituciones cambian, la mayor parte de las veces hacia su contraria. Las grandes reelaboraciones del poder, que han condicionado nuestra forma de entenderlo, sin embargo, son bastante más cercanas en el tiempo. Así, por ejemplo, Maquiavelo y Hobbes, que sostienen la exaltación del poder, mientras que Rousseau se ubica en la perspectiva opuesta; la búsqueda de la racionalización del poder, que defendieron Locke y Montesquieu.

Las tendencias excluyentes a que hemos hecho referencia, fueron superadas por el constitucionalismo, surgido a partir de los siglos XVII y XVIII, al identificar

la posibilidad de que el poder tuviera un estatuto jurídico, la Constitución, y al intuirse que las modalidades serían tan amplias como la imaginación permitiera. Fue así como las Constituciones surgieron como el gran instrumento de conciliación entre la libertad y la autoridad. Para atenuar los efectos de la lucha contra el poder, el constitucionalismo transfirió al espacio normado una buena parte de esa contienda; le impuso reglas y límites, y lo denominó “separación de poderes”.

4. EL PRINCIPIO DE “SEPARACIÓN DE PODERES”

Como expresara precedentemente, el principio de la “separación de poderes” fue explicitado por Montesquieu en su clásica obra “Del espíritu de las Leyes”, habiendo tomado como referencia la realidad de Inglaterra entre 1729 y 1731.

En el Capítulo VI del Libro XI, Montesquieu afirma: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

“Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado”⁽⁴⁾.

Como se sabe, la difusión del principio de separación de poderes, tuvo como finalidad básica y fundamental asegurar la libertad política, impidiendo de esa forma la concentración del poder en un solo gobernante, en un único partido político o en un grupo determinado de personas.

Por otra parte, cabe precisar que el clásico principio de separación de poderes, tuvo como significado en su versión original, la atribución exclusiva y precisa a cada uno de los Poderes del Estado, de una de las funciones jurídicas del Estado. De esa manera, se concibió que debía atribuirse exclusivamente al Poder Legislativo, la función legislativa; al Poder Ejecutivo, la función administrativa; y al Poder Judicial, la función jurisdiccional.

Pero a lo largo de la evolución histórica, nos encontramos en el Derecho Constitucional Comparado que el principio de “separación de poderes” se manifiesta en dos planos diferentes:

(4) Montesquieu, “Del Espíritu de las Leyes”, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, pág. 151.

- a) En primer lugar, porque si bien cada uno de los Poderes del Estado o Poderes del Gobierno ejerce en forma predominante una de las funciones jurídicas del Estado, no lo hace en forma exclusiva, sino en forma predominante, porque además de la función que tiene de principio, ejerce las otras funciones en base a la atribución de competencias que le asigna la Constitución. En efecto, nos encontramos que si bien el Poder Legislativo ejerce en forma predominante la función legislativa, además ejerce la función administrativa cuando designa al personal de sus dependencias, cuando designa a gobernantes, cuando concede la venia o autorización para el nombramiento o para la destitución de funcionarios, cuando aprueba sus reglamentos internos, cuando se aprueba el presupuesto de cada una de las Cámaras, etc. también puede ejercer la función jurisdiccional, como es el caso del juicio político que la Constitución uruguaya de 1967 le atribuye al Senado “abrir juicio público a los acusados” y “pronunciar sentencia” (Constitución, art. 102).
- b). En segundo lugar, porque hay una tendencia a abandonar el principio de la asignación precisa de las competencias a cada uno de los órganos o sistemas orgánicos, pasándose a un sistema en que la ley es la excepción y el reglamento es el principio, como es el ejemplo de la Constitución francesa de 1958 y la Constitución de Chile de 2005.

Modernamente la doctrina constitucionalista ha formulado una serie de críticas al principio de la “separación de poderes”, como es el ejemplo de Biscaretti Di Ruffia, quien enseña que el estudio de los modernos ordenamientos tradicionales muestra que la citada teoría ha sido acogida con dos correctivos esenciales, que la transforman más bien en la teoría de la distinción y de la colaboración de los poderes. Los correctivos son básicamente dos:

- a) que es necesaria una coordinación entre los diferentes poderes;
- b) que deben haber excepciones al principio de que cada Poder del Estado debe realizar únicamente la función de su competencia⁽⁵⁾.

Por su parte, Loewestein afirma que “la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes”, agregando que “un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente”⁽⁶⁾.

(5) Biscaretti Di Ruffia, Paolo, “Derecho Constitucional”, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, N° 67, pág. 209.

(6) Loewestein, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pág. 55.

5. LA ÉTICA EN EL EJERCICIO DEL PODER

El poder político en el Estado de Derecho, no significa exclusivamente el reconocimiento de una realidad formal de integración institucional y relaciones orgánicas entre los Poderes del Estado, porque más allá de la normativa jurídica, la institucionalización del poder político en el Estado de Derecho constituye el encauzamiento de intereses y fuerzas sociales hacia el cumplimiento de los fines comunitarios de justicia.

Con ello, queremos expresar que los gobernantes que ocupan cargos políticos, no deben limitarse a aplicar mecánicamente fórmulas jurídicas constitucionales o legales que regulan sus facultades y sus deberes. Por el contrario, consideramos que es normal y conforme a la lógica, a la ética y a la moral, que la función directiva del Estado tenga un cierto grado de discrecionalidad en las opciones políticas que se le presentan, porque el poder político no es sólo el conocimiento de la realidad jurídica, sino también de la realidad histórica, económica y social que integra el contenido de la norma jurídica. Antes que nada, debe primar en el accionar gubernamental y en el ejercicio del poder político, el interés general, por lo que se exige a los gobernantes una formación moral y sentimientos de solidaridad comunitarios ante los problemas sociales y humanos de una sociedad en un momento determinado.

Como ha dicho el pensador Max Weber, el ansia de poder es un instrumento que el político utiliza inevitablemente. El instinto de poder es una cualidad normal del político. Pero esta ansia de poder deja de ser positiva, cuando deja de estar exclusivamente al servicio de las finalidades objetivas de la legalidad, para transformarse en una pura embriaguez personal.

Desde el punto de vista ético y moral, el poder político debe ejercerse, como expresara el Dr. José Ellauri en su calidad de Miembro Informante de la Asamblea Nacional Constituyente uruguaya de 1830, de tal manera que sea el “gobierno de las leyes y no de los hombres”.

Hace más de sesenta años que Guglielmo Ferrero en su clásica obra “El Poder. Los genios invisibles de la Ciudad”, decía: “Ante todo resulta necesario que tanto el poder como sus súbditos se persuadan de que los principios de legitimidad, por muy limitados y convencionales que sean, como corresponde con su condición de obra humana, deben ser, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, aplicados con lealtad y buena fe, sin acudir a tretas o ardides que los subvertan y hagan de ellos instrumentos de dominación destinados a encubrir acciones contrarias a su auténtica y verdadera naturaleza.”

Agregaba el politólogo italiano que “la lealtad debería convertirse en la virtud cardinal de la voluntad moderna a medida que el hombre se vaya alejan-

do paulatinamente de los dogmas religiosos, para adoptar en todos los terrenos y en todos los ámbitos de la vida, postulados y principios terrenales y por consiguiente relativos y limitados. A medida que la fórmula democrática logre ser aceptada como principio legitimador único de la organización política, la lealtad terminará configurándose como virtud suprema de la convivencia ciudadana y como garantía máxima de la existencia de una equilibrada relación entre soberanos y súbditos”⁽⁷⁾.

Ahora bien, nos debemos plantear la cuestión de la ética del poder, es decir cómo debe ser ejercido el poder desde una dimensión ética, tomando en cuenta nuestro compromiso con la sociedad como constitucionalistas, en cuanto tenemos una formación en valores que tienen como finalidad principal servir a la sociedad en la que vivimos, a partir del estricto respeto y acatamiento a la Constitución, como ley fundamental que rige a una sociedad en un momento histórico y político determinado, con la vocación de servicio a nuestros conciudadanos, por encima de cualquier diferencia.

Desde esta dimensión ética del ejercicio del poder, debemos analizar cómo se relaciona con el progreso económico, social y cultural de una nación, porque parece evidente que el poder tiene que ejercerse con la finalidad del interés general, perfeccionando la solidaridad social y procurando el perfeccionamiento físico y moral de todos los habitantes mediante la educación. No puede hablarse de un ejercicio legítimo del poder, cuando el mismo se ejerce en beneficio de unos pocos, de un grupo económico o de una camarilla de partido político, en claro perjuicio de la mayoría de la población. Mucho menos se puede decir que hay un ejercicio ético del poder, cuando los gobernantes no adoptan las medidas necesarias para combatir la pobreza y la marginalidad social, el analfabetismo, el desempleo, la exclusión social por falta de políticas de salud y de vivienda. La grave situación que viven nuestros pueblos de América Latina con niños en situación de pobreza extrema, sumado al problema de los indígenas, nos lleva a reflexionar sobre cómo será el futuro con tanta injusticia social si no se la combate eficazmente desde el poder.

Esa es la razón, por la cual el Estado de Derecho ha cedido terreno ante el Estado Democrático y Social de Derecho, en donde hay una preocupación no sólo por la legitimidad formal de los gobernantes mediante la elección popular y la separación de poderes en el ejercicio del gobierno, sino de una legitimidad sustancial o material, a partir del reconocimiento y protección de los derechos econó-

(7) Ferrero, Guglielmo, “El Poder – Los Genios invisibles de la Ciudad”, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 306.

micos y sociales, sumados a los clásicos derechos civiles y políticos proclamados por la Revolución francesa de 1789. Ese fue el trascendental aporte que nos dio la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, que tanto valoramos los constitucionalistas en el concierto de las naciones americanas.

6. EL SISTEMA POLÍTICO DEMOCRÁTICO

Tal como lo he expresado anteriormente, el análisis y la reflexión sobre la democracia, es uno de los temas más apasionantes tanto para los políticos, como para los sociólogos, juristas, filósofos, y por qué no, para el ciudadano común que ve con preocupación los cambios que en forma acelerada se están produciendo en la sociedad del conocimiento o de la información⁽⁸⁾.

El vocablo “democracia”, que se considera que fue Heródoto el primero en utilizarlo, nació en Grecia hace más de dos mil quinientos años, pero, como señala Giovanni Sartori, “resulta sorprendente la escasa atención prestada al hecho de que el concepto actual de democracia se parece poco, si es que existe algún parecido, al que se desarrolló en el siglo V antes de Cristo”⁽⁹⁾.

¿Por qué? En primer lugar, porque la democracia de los griegos era concebida como una democracia sin Estado, dado que se concebía a la misma como una relación simbiótica entre el ciudadano y la polis, que era una ciudad-comunidad. En segundo lugar, porque hay una diferencia notable entre la democracia antigua y la democracia moderna en lo relacionado con los fines y valores de la sociedad, dado que a lo largo de más de dos mil años, la civilización occidental ha conocido el Cristianismo, el humanismo, la Reforma, la concepción jusnaturalista de los derechos naturales “inherentes al hombre, y el liberalismo fruto de las Revoluciones inglesa de 1648, norteamericana de 1776 y francesa de 1789.

A mi juicio, son presupuestos de existencia de la democracia: a) la efectiva vigencia de las libertades públicas; b) la existencia del principio de separación de poderes; c) la legitimación de los gobernantes por medio de elecciones libres; d) el sometimiento del Estado y de los gobernantes al principio de legalidad.

Por otra parte, considero que la democracia es el gobierno del pueblo, razón por la cual se afirma el dogma de la soberanía nacional o la soberanía popular,

(8) Correa Freitas, Rubén, “Derecho Constitucional Contemporáneo”, F.C.U., Mdeo., 2007, Tomo I, pág. 93.

(9) Sartori, Giovanni, “Teoría de la democracia”, Alianza Universidad, Madrid, 1988, Tomo 2, pág. 343.

según la interpretación político-constitucional que se quiera realizar, es decir el derecho del pueblo a gobernarse por sí mismo⁽¹⁰⁾.

En las democracias liberales, enseña Duverger, “el poder político está basado en la teoría de la soberanía popular; los gobernantes son escogidos por medio de elecciones con sufragio universal, relativamente libres y sinceras. La estructura del gobierno se basa en el pluralismo político y en una cierta separación de poderes. Las prerrogativas de los gobernantes están limitadas y los gobernados gozan de libertades públicas: libertad de opinión, de prensa, de reunión, de asociación, libertad religiosa, etc.”⁽¹¹⁾

El recordado profesor español García-Pelayo, expresa que “si el liberalismo es la contestación al problema de cómo se ejercen las funciones del Estado, la democracia responde a la cuestión de quién la ejerce”⁽¹²⁾.

Finalmente, no puedo dejar de citar el pensamiento de Norberto Bobbio, quien afirma que “desde la época clásica hasta hoy el término ‘democracia’ siempre ha sido empleado para designar una de las formas de gobierno, o sea, una de las diversas maneras bajo las que puede ejercerse el poder político. Específicamente designa la forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por el pueblo”⁽¹³⁾.

Es indudable que no puede concebirse un sistema político democrático si no hay un amplio ejercicio de las libertades públicas por parte de los ciudadanos, con un régimen de amplia libertad de los partidos políticos y con una efectiva y real vigencia de la libertad de expresión del pensamiento, destacándose especialmente la libertad de prensa, que es esencial para el control del poder político.

7. LA CORRUPCIÓN DEL PODER POLÍTICO

Dentro de lo que es la dimensión ética del ejercicio del poder, tenemos que ubicar el grave problema que aqueja a todas nuestras sociedades, como es la corrupción, fenómeno al que no es ajeno ningún gobierno del mundo, pero que los juristas y los constitucionalistas debemos combatir con dureza, porque es uno de

(10) Correa Freitas, Rubén, Ob. cit., Tomo I, pág. 97.

(11) Duverger, Maurice, “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 69.

(12) García-Pelayo, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pág. 169.

(13) Bobbio, Norberto, “Estado, Gobierno y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, pág. 188.

los flagelos que afectan a la democracia y a la convivencia civilizada, generando el desencanto de la ciudadanía en los gobiernos y en los partidos políticos.

La corrupción ha sido definida por la Convención Americana contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 29 de marzo de 1996, “como el uso indebido del poder público por parte de funcionarios en provecho propio o de terceros”. Tanto en la Convención Interamericana como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se vincula el combate contra la corrupción con la defensa de la democracia, entre otros valores. Es así como en el Preámbulo de la Convención Interamericana se dice: “Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”.

Debemos preguntarnos por qué la corrupción se ha instalado en la sociedad moderna, cuáles son las causas de un mal que parecería que es difícil de erradicar. Una primera reflexión, nos puede llevar a la conclusión de que es la ambición desmedida de los hombres públicos por el poder económico, razón por la cual quienes ocupan cargos públicos de cualquier categoría, se corrompen porque de esa manera obtienen dinero fácil y una posición social que de otra manera les sería muy difícil. Vivimos en una sociedad donde ya no es un honor vivir y morir pobre, sino que lo que importa es cuánto tiene el individuo y cuánto representa frente a sus semejantes.

Lamentablemente para muchos hoy en día no es importante “ser” una buena persona, honorable y respetada, sino “tener” dinero, fama y fortuna.

Una segunda reflexión nos lleva a pensar que pueden ser los procesos de privatización, que a partir de la década de los ochenta se llevaron a cabo en todo el mundo, como consecuencia de las políticas neoliberales de reforma del Estado. La compra por parte de capitales privados de las empresas públicas, llevaría a que la pugna por obtener el beneficio de las privatizaciones se hiciera con el pago de las llamadas “comisiones” o de “coimas” a funcionarios inescrupulosos.

Una tercera reflexión, que consideramos que puede ser la más acertada, es la que tiene que ver con el fenómeno del “postmodernismo”, como afirma el filósofo francés Gilles Lipovesky, según el cual la gente quiere vivir aquí y ahora con un grado superlativo de individualismo y egoísmo.

Finalmente, y sin pretender agotar la reflexión sobre las causas de la corrupción en el ejercicio del poder público, consideramos que nos encontramos frente a un problema de falta de valores morales, de carencia de principios elementales de ética del comportamiento humano, sobre lo que es bueno y lo que es malo, sobre lo que se debe hacer y sobre lo que no se debe hacer.

Es imperioso que todos los constitucionalistas de América Latina, que profesamos una concepción democrática del poder político, tengamos una actitud militante y combativa contra el fenómeno de la corrupción, que es uno de los más graves flagelos que afectan a nuestros pueblos de América Latina, conjuntamente con el narcotráfico y el terrorismo. La corrupción genera pobreza, destruye los valores morales de los individuos, constituye un obstáculo para el progreso y el desarrollo de las naciones. No es posible pensar en el poder como factor de progreso en una democracia, si la corrupción está presente en aquellos que tienen a su cargo la responsabilidad de dirigir la Administración Pública y el Estado.

Debe afirmarse enfáticamente que un manejo más honesto, eficiente, público, honorable, adecuado y transparente de los recursos financieros del Estado, puede significar una mejor atención de algunos de los cometidos sociales, que el Estado a veces cumple mal y también le libera de fondos económicos para atender sus deberes en materia de seguridad y justicia.

8. CONCLUSIONES

Surge de lo expresado a lo largo de esta exposición, que las relaciones entre el poder político y la democracia son de capital importancia, y que en buena medida dependen de los controles que se ejerzan sobre el poder político. Ese es el secreto del principio de “separación de poderes”, que tiene como finalidad fundamental proteger las libertades públicas y los derechos humanos.

En la democracia no puede haber concentración del poder político, que siempre y en toda circunstancia es sumamente peligroso. Pero la democracia impone por sobre todas las cosas, el control permanente del poder político que ejercen los gobernantes, quienes deben ser responsables por sus acciones y omisiones.

Sobre el particular, enseña Valadés que “No hay Constitución alguna que carezca de instituciones de control. El problema no es su inclusión en la norma suprema, ni siquiera la estructura, acertada o defectuosa, de los controles; el problema reside en si la Constitución posee eficacia normativa.” Agrega: “Y, como es obvio, de la eficacia normativa del texto constitucional depende el funcionamiento de los controles”⁽¹⁴⁾.

El poder ha existido en todas las sociedades, desde las más antiguas hasta las más modernas, desde las más bárbaras a las más civilizadas. En todo grupo social se manifiesta el poder como un fenómeno social. El problema está en la forma

(14) Valadés, Diego, “El Control del Poder”, pág. 425.

cómo el poder político se debe ejercer en una democracia. Siempre acechan los peligros y la tentación a los que ejercen el poder político, razón por la cual en la democracia existen mecanismos de frenos y contrapesos, los llamados controles, que son básicos y fundamentales para que no haya abuso ni exceso de poder.

El constitucionalismo a partir del siglo XVIII, ha sido el punto de inflexión en la atribución del ejercicio del poder público a gobernantes que deben ser legitimados por la voluntad popular, mediante el voto secreto, los que son responsables por sus actos y deben rendir cuentas permanentemente del uso del poder público. La libertad de los medios de comunicación en todas sus manifestaciones, es una de las condiciones para que esos controles se puedan ejercer efectivamente, mediante la más amplia información a la ciudadanía de los asuntos de interés público.

Resulta imprescindible continuar creando mecanismos de control del poder político, para consolidar a la democracia como sistema político y como sistema de vida, en el que los ciudadanos se sientan realmente dueños y señores de su destino.

Montevideo, 7 de noviembre de 2008.

V) DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO

CARACTERÍSTICAS DEL REGIONALISMO EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES A VARIOS NIVELES. UNA APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO

GIANCARLO ROLLA
(Italia)

SUMARIO: 1. Procesos federativos y procesos devolutivos. 2. Las principales formas organizativas del principio de autonomía: la alternativa entre regionalismo homogéneo y regionalismo diferenciado. 3. El afianzamiento de sistemas constitucionales a varios niveles. 4. Los elementos caracterizadores de la autonomía constitucional de las comunidades territoriales: en particular la relevancia del principio participativo. 5. Los criterios para el reparto competencial entre el Estado y las Regiones: una perspectiva sintomática de las formas de Estado. 6. Principio de autonomía y sistema de fuentes.

1. PROCESOS FEDERATIVOS Y PROCESOS DEVOLUTIVOS

Tanto la atribución a las comunidades territoriales de más marcados poderes de decisión como el desarrollo del principio de autonomía representan dos características de los actuales sistemas constitucionales.

Una confirmación emblemática de esta tendencia la ofrece la organización constitucional de los Estados adherentes a la Unión Europea: si bien tan sólo uno de los Estados “fundadores” en el acto de institución de las Comunidades econó-

(*) Profesor Ordinario de Derecho Constitucional. Universidad de Génova.

micas europeas poseía una completa estructura de base federal (Alemania) mientras otro había iniciado desde hacía poco tiempo la experiencia de un regionalismo diferenciado (Italia); actualmente, por el contrario, se asiste a una variada multiplicidad de experiencias favorables a reconocer la autonomía constitucional de las comunidades territoriales.

Entre estas, en el seno del ordenamiento comunitario conviven ordenamientos federales (Alemania, Austria), formas de regionalismo maduro (Italia, España), procesos de descentralización que han involucrado a ordenamientos tradicionalmente unitarios (Reino Unido, Francia), casos de regionalización por disociación (Bélgica), realidades en las que han sido atribuidas formas de autonomía especial para porciones circunscritas del territorio nacional (Portugal, Finlandia, Dinamarca): sin tampoco olvidar el debate que en materia de regionalización está involucrando a los Estados de la Europa Oriental que, recientemente, han adherido a la Unión Europea⁽¹⁾.

Sería temerario querer encerrar en los confines de tipificaciones predefinidas la variedad de recorridos a través de los cuales los ordenamientos distribuyen territorialmente el poder de dirección política y definen las relaciones entre soberanía y territorio. Es más, incluso el regionalismo –como ocurre también con el federalismo– no expresa una sola idea, sino más bien una intrincada y variada “*network of interrelated ideas and concepts*”⁽²⁾.

Tampoco parece posible describir la variedad de itinerarios a través de los cuales los ordenamientos distribuyen territorialmente los poderes de dirección política y definen las relaciones entre soberanía y territorio, recurriendo a tipificaciones predefinidas; más bien, las experiencias puestas en práctica reclaman una revisión de algunas de las clasificaciones consolidadas, las cuales –con frecuencia creciente– parecen abdicar de su función primaria, esto es, de la capacidad para distinguir y describir los fenómenos constitucionales.

Por otra parte, el riesgo de enturbiar la comprensión de los procesos constitucionales en marcha a causa del uso mecánico de determinadas “fórmulas

(1) Cfr., A.D’Atena, *L’Europa delle autonomie*, Milano, 2003; IDEM, *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, 1994; M.A. Aparicio, *La descentralización y el federalismo. Nuevos modelos de autonomía política*, Madrid, 1999; B. Caravita (cur.), *Le regioni in Europa, esperienze costituzionali a confronto*, Roma, 2002; A. Lang, *Federalismo e regionalismo: esperienza italiana, svizzera e dell’Unione Europea a confronto*, Milano, 2005; AA.VV., *Organización territorial de los Estados europeos*, Madrid, 2006; W. Sweden, *Federalism and Regionalism in Western Europe: A comparative and thematic analysis*, Houndmills, 2006.

(2) Así: S.R. Davis, *The federal principle: a journey through time in quest of a meaning*, Berkeley, 1978, 5.

lingüísticas” parece encontrar confirmación en el acto de que algunos autores, capitulando ante la evidente dificultad descriptiva y prescriptiva de la bipartición entre Estado federal y Estado regional, teorizan la indiferencia o la no significatividad de la misma, o bien subrayan la convergencia progresiva hacia un modelo intermedio, en cuyo seno los rasgos de uno se confunden con los del otro, o mejor recaerían más en cuestiones cuantitativas que cualitativas.

Algunas consideraciones parecen reforzar tal convencimiento.

En primer lugar, los múltiples criterios de distinción identificados por la doctrina, en cada ocasión, para distinguir el Estado federal del regional (autonomía constitucional de las entidades descentralizadas, codificación de Cartas de derechos, características de la cláusula residual con objeto del reparto competencial, estructura del bicameralismo, modalidad de participación de las entidades descentralizadas en la formación de la voluntad estatal, organización de la función judicial) difícilmente parece que puedan tener carácter absoluto, desde el momento en que para cada uno de ellos pueden encontrarse ejemplos en los que el “modelo” federal se confunde con el regional⁽³⁾.

Además, no puede olvidarse la propensión del derecho constitucional a hacer circular ampliamente sus experiencias. Si bien, la circulación no produce clones, sino híbridos; una solución constitucional adoptada en un contexto geográfico, cultural o político diferente del originario produce éxitos no siempre comparables: como demuestra la profunda diferencia que recorre, por ejemplo, el federalismo Norteamericano y el de América Latina, no obstante la gran influencia ejercida en tales ordenamientos por los *Federalists Papers* de J. Madison, A. Hamilton, y J. Jay⁽⁴⁾.

La multiplicidad de experiencias de federalismo y regionalismo —de ardua reconducción a un único modelo—, su tendencia a la hibridación y a la creación de formas mixtas o intermedias no deben, sin embargo, inducir al abandono de intentar su sistematización⁽⁵⁾.

(3) Cfr., S. Gerotto, *La partecipazione di Regioni e Cantoni alle funzioni dello Stato centrale*, Genève, 2003, 11 y ss.

(4) Véase: J.L. Soberanes Fernández (ed.), *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; M.Ferrer Muñoz- J.R.Luna Carrasco, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, Mexico, 1996.

(5) Cfr., M. Volpi, *Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto*, in (G.Rolla cur.) *La riforma delle autonomie regionali. Esperienze e prospettive in Italia e Spagna*, Torino, 1995, 33 y ss.

Algunas distinciones y clasificaciones pueden ser presentadas.

En primer lugar, los procesos de regionalización en curso se presentan cualitativamente distintos a las experiencias federales tradicionales.

Históricamente, los Estados federales nacieron para satisfacer una exigencia de mayor unidad; diversos territorios han renunciado a parte de la propia soberanía originaria para juntos afrontar mejor problemas comunes. El principio federalista se mostraba como la solución idónea para asegurar una mayor unificación jurídica, una mejor amalgama de culturas y tradiciones: pero sobre todo, para favorecer la creación de un mercado y de relaciones económicas comunes⁽⁶⁾.

En otras palabras, el proceso de federalización resultaba coherente con el significado ordinario de la palabra “federalismo”, estar juntos.

Hoy, este impulso hacia el federalismo no puede considerarse agotado por completo: por ejemplo, en la era de la globalización, se manifiesta dando vida a ordenamientos supranacionales, como en el caso de la Unión Europea, donde los procesos de integración fueron inicialmente originados por la exigencia de crear un mercado económico común, y sólo con posterioridad, han dado vida a una comunidad política⁽⁷⁾. Con todo, el escenario actual parece distinto: a la tendencia centrípeta del federalismo se contraponen una tendencia de tipo devolutivo, favorable a la transferencia de competencias, funciones, y poderes de decisión a los entes representativos de las comunidades territoriales.

En este caso el “motor” de las transformaciones internas en la forma de Estado está representado por la voluntad de “autonomía”, de diferenciación, de valoración de las identidades históricas, de superación de la uniformidad (política, institucional, económica, jurídica).

Si bien la solución institucional (regionalización, devolución, descentralización) presenta características comunes, las modalidades de reconocimiento del

⁽⁶⁾ Véase: C. Friedrich, *Trends of federalism in Theory and Practice*, New York, 1968; G. Lombardi, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1981; A. La Pergola, *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie “garantite”*, Padova, 1987, 123 ss.; Idem, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994; A. Reposo, *Stato federale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993; D.J. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1995; G. Pasquino, *Lo Stato federale*, Milano, 1996; K.C. Wheare, *Del governo federale*, Bologna, 1997; G. Bognetti, *Federalismo*, Torino, 2001; AA.VV., *Theories of Federalism: A Reader*, New York, 2005; L. Armenta Lopez, *La forma federal de est ado*, México, 2005; J. Kincaid, G. Alan Tarr, *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*, Montreal, 2005.

⁽⁷⁾ Véase: P. Bilancia (cur.), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione. Unione europea e Mercosur*, Milano, 2006.

principio constitucional de autonomía de las comunidades territoriales resultan notablemente variadas.

Por ejemplo, tomando en consideración la realidad de la Europa occidental, se asiste sobretodo a una descentralización que se ha ido definiendo gradualmente: regulada de inicio por la vía legislativa, por tanto, en virtud de una codificación constitucional, ha terminado por recibir los resultados institucionales consolidados (Bélgica, Francia)⁽⁸⁾.

Probablemente entre los casos de regionalización progresiva también cabe enumerar a España: ya sea porque, por un lado, el proceso de descentralización política se prepara a través de las experiencias de las preautonomías que marcó la transición de la centralización franquista al nuevo ordenamiento constitucional.

Ya sea porque la Constitución de 1978 no ha codificado los caracteres de la organización del Estado, de modo que el legislador ha podido construir un estado autonómico etapa tras etapa, sobretodo mediante los procedimientos periódicos de revisión de los Estatutos de autonomía⁽⁹⁾.

(8) En el primer caso, los conflictos étnico lingüísticos —alimentados por dos colectividades distintas (como la flamenca y la valona) y por tres lenguas maternas (francesa, holandesa y alemana)— hicieron necesarias diversas reformas legislativas (como las leyes lingüísticas de 1962 y 1963, la creación de las Comunidades culturales en 1970, la previsión de órganos legislativos en las Comunidades y en las Regiones en 1980, la institución del Tribunal de Arbitraje para garantizar el respeto en la distribución de competencias en 1980, la organización de la Región de Bruselas capital en 1988), reformas todas ellas que contribuyeron a delinear una descentralización por disociación (a causa del fuerte antagonismo tanto cultural como económico existente entre los territorios) que desembocó en una organización constitucional de naturaleza bipolar, regimentada finalmente por la Constitución de 1993 y en sus revisiones sucesivas.

En Francia, por su parte, la ley constitucional de 28 de marzo de 2003, que ha constitucionalizado el principio de descentralización institucional, no ha supuesto una “revolución jurídica”, sino más bien “la cristalización en el texto constitucional de una evolución que ha conducido a Francia desde el Estado unitario fuertemente centralizado hasta un Estado unitario descentralizado en el cual los gobiernos regionales y locales gozan de una amplia condición de autonomía”.

(9) Cfr., AA.VV., *Organización territorial del Estado*, Madrid, 1984; J. Solozabal Echevarria, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid, 1993; E. Aja, *El Estado autonómico*, Madrid, 2003; E. Espín Templado (coord.), *La Constitución de 1978 y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2003; J. Ruipérez, *La Constitución del Estado de las autonomías*, Madrid, 2003; L. Parejo Alfonso, *La evolución del Estado Constitucional y la construcción en España del Estado de las Autonomías*, in *Organización territorial de los Estados europeos*, cit., 5 ss.

Véase también: G. Rolla, *El Estado autonómico. La experiencia española desde la óptica del regionalismo italiano*, in (M.L. Balaguer coord.) *XXV aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas*, Málaga, 2005, 79 ss.

Sin movernos de Europa no faltan experiencias en las que el reconocimiento de la autonomía constitucional de determinadas comunidades territoriales constituye una especie de reconocimiento de la historia: Es el caso, en nuestra opinión, tanto del reconocimiento a favor de algunas Comunidades autónomas españolas con específicas competencias asimilables a los “hechos diferenciales”⁽¹⁰⁾ como del caso del Reino Unido. Así es, los actos que dieron vida a la devolución del Reino Unido – el *Scotland Act*, el *Northern Ireland Act*, el *Government of Wales Act* de 1998– pueden ser ligados a la tradición que considera al Reino Unido no un Estado nación, sino un ordenamiento en cuyo seno conviven Naciones dotadas de una identidad nacional propia, que determinan la coexistencia de diversos sistemas jurídicos. Por otra parte, no resulta casual que la expresión *devolution* hubiese ya sido utilizada para afrontar el problema de la autonomía de las colonias americanas⁽¹¹⁾.

Además, no faltan supuestos en los que el principio de autonomía ha sido utilizado por el ordenamiento internacional para enfrentar situaciones políticamente complejas: como en el caso de Bosnia Herzegovina –que se ha transformado en un Estado compuesto de dos Entidades (la Federación de Bosnia-Herzegovina y la República Sprska), identificadas y organizadas sobre la base de las tres comunidades étnicas que la componen (serbios, croatas y bosnios) o en el caso de las propuestas de Naciones Unidas sobre el futuro de la isla de Chipre– las cuales se proponían la unificación política y jurídica de la isla, bajo la hipótesis, en línea con la experiencia de Bosnia, de una entidad estatal dotada de personalidad jurídica internacional compuesta por dos entidades independientes.

2. LAS PRINCIPALES FORMAS ORGANIZATIVAS DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA: LA ALTERNATIVA ENTRE REGIONALISMO HOMOGÉNEO Y REGIONALISMO DIFERENCIADO

¿Por qué los sistemas constitucionales se están hoy organizando sobre la base del principio de autonomía? Si la tendencia es común, distintas son las moti-

(10) En España, diversas disposiciones constitucionales y, sobre todo, el debate sobre el contenido y las características de los Estatutos de autonomía resultan difícilmente interpretables sin una referencia a las circunstancias que han alimentado la Nación española precedido a la Constitución democrática de 1978. El peso de la historia presente en numerosas disposiciones transitorias y adicionales: que se refieren a los territorios dotados “de un régimen provisional de autonomía” o que “hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía” (disp.trans.primer y segunda), la especificidad constitucional de las ciudades de Ceuta y Melilla (disp.trans.quinta), los derechos históricos forales (disp. ad. primera), el particular régimen económico y fiscal de las Canarias (disp. ad. Tercera).

También se ve emerger el eco de la historia en el redactado del art. 2 de la Constitución cuando reconoce tanto la autonomía de la Regiones y de las nacionalidades.

(11) *Cfr.*, E. Burke, *Speeches and letters on American Affaire*, Oxford, 1961, 6.

vaciones. Así como diversas son también las soluciones institucionales en concreto adoptadas.

En primer lugar, se instaura una estrecha relación entre autonomía y reconocimiento de las diferencias culturales. Desde esta perspectiva, la autonomía representa un criterio de organización que favorece la creación de una comunidad nacional fundada sobre el reconocimiento de las diversidades y del pluralismo cultural (p. e., Bélgica e Irlanda del Norte)⁽¹²⁾.

Algunos ordenamientos constitucionales, además, han atribuido a comunidades territoriales determinadas competencias normativas y políticas para reconocer la especificidad de ciertos territorios, justificada por razones históricas, económicas o geográficas.

Piénsese por ejemplo, en la particular posición de autonomía reconocida en Finlandia a la Provincia de las Aaland, en consideración al hecho de que en tales territorios vive una población que habla sueco y tiene una cultura no asimilable a la finlandesa; en el estatuto especial reconocido por la Constitución danesa a los territorios de las Islas Feroe y a Groenlandia; al reconocimiento constitucional de la autonomía de las islas Azores y Madeira, las cuales, si bien en el contexto del consolidado carácter unitario del Estado portugués, gozan de condiciones particulares de autonomía que constituyen —entre otras cosas— un límite material a la revisión de la Constitución.

Por último, se afianza incluso una visión funcionalista de la autonomía, presentada como el criterio de organización de mayor éxito para favorecer el acercamiento entre los poderes de decisión y los ciudadanos, su capacidad de control y de participación. Según dicha perspectiva, la autonomía es un principio organizativo idóneo para poner en práctica el criterio de subsidiariedad, según el cual las decisiones deben ser tomadas en el nivel institucional más descentralizado posible, siempre que ello esté justificado y sea compatible con la exigencia de asegurar eficiencia y efectividad a las acciones de los poderes públicos⁽¹³⁾.

(12) Así: G. Smith (ed.), *Federalism. The multiethnic challenge*, London, 1995; L. Basta, T. Fleiner, *Federalism and multiethnic states*, Friburgo, 1996; R. Lapidoth, *Autonomy: flexible solutions to ethnic conflicts*, Washington, 1996; E. Fossas, F. Requejo, *Asimetría federal y estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, 1999; A. Gagnon, J. Tully, *Multinational Democracies*, Cambridge, 2001; S. Ilago, R. Montes, *Federalism and Multiculturalism*, Quezon City, 2006.

(13) Cfr., A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; A. D'Atena, *L'Italia verso il "federalismo"*, Milano, 2001, 315 ss.; A. Poggi, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; P. Vipiana, *Il principio di sussidiarietà "verticale"*, Milano, 2002; A. Moscarini,

El principio de autonomía, además de haber sido favorecido por exigencias (políticas e institucionales) diferentes ha sido plasmado utilizando modalidades diversas, según fuesen las especificidades de los concretos sistemas constitucionales.

Por ejemplo, existen experiencias de regionalización extensa en el seno de un mismo territorio estatal y de regionalización operando sólo sobre limitadas porciones de éste. La primera hipótesis se ha confirmado, por ejemplo, en Italia, Alemania, Austria y España; la segunda atiene a algunos sistemas nort europeos como Gran Bretaña y Finlandia.

Puede introducirse otra distinción entre regionalización política o meramente administrativa (como en Portugal y Polonia); y regionalización sobre una base territorial o sobre una base étnica y lingüística –como en el caso de Bélgica–.

Además, vale la pena notar como en ocasiones en el interior de un mismo ordenamiento conviven diversas tipologías de autonomía territorial, que hacen del sistema constitucional una especie de puzzle compuesto por piezas de diverso formato. Es el caso, por ejemplo, de Francia –donde junto a las collectivités se encuentran las Regiones de ultramar (Guadalupe, Guyana, Martinica, Reunión), las entidades ultramarinas (Polinesia francesa, Mayotte, San Pedro y Miquelón, Wallis y Futura), Nueva Caledonia que goza de una autonomía especial hecha necesaria para poner fin a los graves desórdenes entre la población indígena y la de origen francés; así como un territorio dotado de una específica autonomía como Córcega.

Sin embargo, la distinción más significativa parece ser –en mi opinión– aquella entre regionalización uniforme y diferenciada, al tiempo que a algunas comunidades territoriales se les reconoce un *status* de autonomía especial que se traduce en el reconocimiento de mayores competencias legislativas, financieras y administrativas⁽¹⁴⁾.

Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti, Padova, 2003; A. De Marco, *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, Milano, 2005.

(14) Véase: A. Saiz Arnaiz, *Estado federal y estatuto particular. La posición constitucional de la Provincia de Quebec en la federación canadiense*, Madrid, 1997; P. Perthaler, *Lo Stato federale differenziato*, Bologna, 1998; E. Fossas, F. Requejo, *Asimetría federal y estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, 1999; E. Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999; F. López Aguilar, *Lo Stato autonomico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978*, Padova, 1999; J. Croisat, *Le fédéralisme asymétrique: l'expérience canadienne*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, 37 ss.; R. A. Granoff, *Accommodating diversity: asymmetry in federal states*, Baden-Baden, 1999; M. Burgess, F. gress, *Asymmetrical Federalism in Canada, the United States and Germany: Comparative Perspectives*, Baden-Baden, 1999; D. Bahry, *Rethinking Asymmetrical Federalism*, Kazan, 2002; L. Domenichelli,

Con todo, el regionalismo diferenciado engloba realidades lo suficientemente diversas como para que no resulte correcta su homologación.

En algunos casos, la especialidad atribuida a una o más comunidades territoriales no se limita tan sólo al reconocimiento de poderes y más amplias competencias respecto de aquellas usualmente reservadas al resto de Regiones, sino que consiente, además, que se dé vida a sistemas jurídicos derogatorios respecto a los que son válidos en el resto del territorio del Estado.

Sobre este particular puede traerse a colación el ejemplo de Canadá, en cuya *Constitution Act* de 1982, se reconoce, por una parte, a los territorios habitados por las poblaciones indígenas poderes sustanciales de autogobierno con el fin de ejercer “derechos ancestrales” en materias relevantes de naturaleza económica, de derecho privado o penal; por otra parte, garantizando la especialidad de algunas Provincias, consiente la dilatación en el tiempo, por un periodo no superior a cinco años, de la aplicación en el territorio de una determinada Provincia de las disposiciones constitucionales relativas a ciertos derechos importantes garantizados por la Carta de Derechos y Libertades.

Pero, probablemente, la dispensa constitucional más relevante sea aquella reconocida por la Constitución china a las Regiones especiales de Hong Kong y Macao que permite a tales territorios, en el respeto de su diversidad histórica, jurídica y cultural (el llamado “*life stile*”), conservar los sistemas económicos y jurídico precedentes, antagónicos respecto de los de la madre patria⁽¹⁵⁾.

Un *status* de autonomía diferenciada puede en algunos casos adscribirse al impulso de atribuir a favor de determinados territorios la condición de “*distinct society*”.

Es ese, por ejemplo, el supuesto de las reivindicaciones de Quebec, cuyos reclamos a ser considerada “*a distinct society within Canada*”, la “*homeland of the francophone element of Canada’s duality*” se han visto hasta ahora frustrados: primero, por la aprobación de la *Constitution Act* de 1982 válida para todos los canadienses, de costa a costa; después por el rechazo de revisar la Constitución por parte del resto de Provincias que consideraban Quebec “*merely one Province, like the others*”; por último, por del éxito negativo del referendun sobre la secesión y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá referida a la posibilidad para Quebec de secesión del resto de Canadá⁽¹⁶⁾.

Asimmetria territoriale e cittadinanza differenziata come strumenti di protezione delle identità
Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo, 2002, 3 ss.; G. D’ignazio (cur.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, 2007.

(15) Cfr. A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2006, 71 ss.

(16) Cfr. J. Woehrling, *La Constitution canadienne et l’évolution des rapports entre Quebec et le Canada anglais de 1867 a nos jours*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, 195

Mientras similares consideraciones pueden hacerse a propósito del intento de la Comunidad Autónoma Vasca de aprobar un nuevo Estatuto de autonomía, que todavía no ha podido completar su itinerario. De hecho, en las situaciones arriba mencionadas, la historia y la identidad de tales comunidades son invocadas esencialmente para redefinir los caracteres de la forma de Estado (federal, compuesto), para modificar la naturaleza constitucional de su adhesión al Estado, transformándola en una relación de libre asociación⁽¹⁷⁾.

En otros supuestos de hecho, la diferenciación entre las Regiones, por lo que hace a las competencias y a la organización, no es más que consecuencia del ejercicio del principio dispositivo que la propia noción de autonomía involucra.

Es el caso, por ejemplo, referido a Italia de la previsión del contenido del art. 116.3 de la Constitución, según el cual las Regiones ordinarias (que lo soliciten haciendo uso de un procedimiento regulado directamente por la Constitución) pueden ejercer funciones normativas o administrativas ulteriores respecto de aquellas normalmente asignadas al resto de Regiones.

Del mismo modo, en España, buena parte de las diferencias existentes entre las Comunidades Autónomas pueden ser reconducidas a la amplia utilización del principio dispositivo previsto por la Constitución: ésta, por un lado, ha considerado la diversa propensión a la autonomía de las comunidades territoriales, demandando a los Estatutos autonómicos la concreta identificación de las materias en las que pretenden ejercer el autogobierno, en seguimiento del art. 143 de la Constitución. Mientras que por otro lado, ha atribuido dinamismo a la transferencia competencial del estado a las Comunidades autónomas, previendo que pueda tener lugar en varias fases, sobre la base de la concreta voluntad de cada comunidad territorial.

Finalmente, también es distinto el caso en el que la diferenciación no es una consecuencia de principio dispositivo sino de la elección del constituyente en la provisión de ordenamientos especiales para las Regiones dotados de un high degree of autonomy.

ss.; C. Cook (ed.), *Constitutional Predicament*, Montreal, 1996; G. Rolla, *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3270 ss.; A. Lajoie, *Il Québec e la Costituzione canadese: "pr ocesso al federalismo"*, in (AA.VV.) *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, 90 ss.; T. Groppi, *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in (G. Rolla cur.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, cit., 21 ss.; P. Pérez Tremps, *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Québec*, Barcelona, 2004.

⁽¹⁷⁾ Véase: I. Agirreazkuenga, *Constitución y Estatuto: una reflexión sobre el futuro del País Vasco*, in (AA.VV.) *El Estado autonómico*, Madrid, 2006, 11 ss.

En general, un tal status de especialidad encuentra justificación en la historia y en la tradición de aquellos territorios; puede reconducirse a la existencia de un complejo conjunto de factores de naturaleza cultural, jurídica y política que tienen una base en la historia, que perduran en la actualidad y que, a causa de su vitalidad, se proyectan hacia el futuro.

Sin embargo, estos elementos diferenciadores —esta “realidad natural”— deben ser identificados por la Constitución, que tiene asignada la delicada tarea ya se de indicar las razones que justifican la peculiar identidad de una comunidad territorial, ya sea de establecer las competencias añadidas que se le atribuyen. En otros términos, la Constitución es la que elige entre las diferencias históricamente existentes cuales son las merecedoras de un reconocimiento particular y atribuye, consiguientemente, a algunas comunidades territoriales una tutela institucional específica.

3. EL AFIANZAMIENTO DE SISTEMAS CONSTITUCIONALES A VARIOS NIVELES

Ante la adopción de una tal multiplicidad de soluciones no se puede eludir la pregunta sobre si el “mosaico” de experiencias puesto en práctica puede ser integrado en una figura unitaria, capaz de evidenciar los elementos institucionales comunes. La respuesta a dicho interrogante puede ser positiva, siempre que se acepte que la distinción tradicional entre Estados unitarios y Estados descentralizados deja su lugar a la formación de sistemas constitucionales a varios niveles, constituidos de ordenamientos recíprocamente autónomos pero coordinados entre sí y en comunicación, mediante un sistema poliédrico, pero integrado, de autonomías⁽¹⁸⁾.

En el fondo, en las relaciones entre Estado y Regiones se está afianzando un sistema especular al que disciplina las relaciones entre Unión Europea y los Estados adherentes, que funciona según las mismas reglas: armonización de la normativa, colaboración leal en los procesos decisorios, coordinación para asegurar las exigencias unitarias y subsidiariedad en la distribución de las competencias.

Los sistemas constitucionales a varios niveles se rigen sobre la aceptación de algunos principios institucionales.

En primer lugar, unidad del sistema y autonomía de las comunidades territoriales deben considerarse valores complementarios, no antitéticos. De hecho, cada organización territorial autónoma es siempre parte de un todo; el Estado y las autonomías territoriales dan vida a ordenamientos distintos (constitucionalmente

(18) Cfr., G. Rolla, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, in Studi in onore di Fausto Cuocolo, II, Milano, 2005, 1127 ss.

autónomos), pero integrados en un mismo sistema de valores y de reglas fijadas por la Constitución. Como se afirma claramente, por ejemplo por el art. 5 de la Constitución italiana (la República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales) y por el art. 2 de la Constitución española (La Constitución se basa en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y las regiones).

En segundo lugar, el poco éxito político de las teorías que quieren fundar la autonomía de una comunidad territorial sobre la idea de *distinct society* –como atestigua el caso de Québec en Canadá y del País Vasco en España– ponen en evidencia que llevar a buen puerto los procesos de descentralización se asienta en la capacidad de asegurar un equilibrio, un balance equitativo entre el derecho constitucional a la autonomía de las comunidades territoriales y los principios de igualdad y solidaridad.

Como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional español, en una de sus primeras sentencias (STC 4/1981), “en efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites– y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que precisamente dentro de éste es donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 C.E”. Por tanto “de una parte el principio de unidad indisoluble de la Nación española y de la otra el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, determinan la forma compuesta del Estado en congruencia con la cual han de interpretarse todos los preceptos constitucionales” (STC 5/82).

En consecuencia, el reconocimiento de las condiciones constitucionales de autonomía se ve acompañado, normalmente, de la previsión de eficaces poderes que consienten al Estado intervenir en salvaguardia de la unidad del sistema, así como evitar que las legítimas diferencias entre las comunidades regionales comprometan el deber de solidaridad entre los territorios y el principio de igualdad (en el goce de los derechos sociales y económicos)⁽¹⁹⁾.

(19) Cfr., E. Álvarez Conde, “Solidaridad”, en *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984, 854 ss.; J.M. Bano León, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, 1988; J. Peman Gavin, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Zaragoza, 1992; J. García Roca, *Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad*, in *Revista vasca de administración pública*, 1997, 45 ss.; E. AJA, *L'eguaglianza dei diritti in Spagna. Con particolare riferimento alla competenza dello Stato di regolare le condizioni fondamentali che garantiscono l'eguaglianza dei cittadini*, in (G. Rolla cur.) *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, cit., 163 ss.

Puede tomarse en consideración, por ejemplo, el art. 72 de la Constitución alemana que autoriza al Estado federal a legislar en materias ordinariamente de competencia de los *Länder*, siempre que una regimentación legislativa federal sea necesaria para crear sobre todo el territorio federal condiciones de vida análogas o bien para preservar la unidad jurídica y económica en interés general del Estado.

Igualmente, el art. 2 de la Constitución española, al reclamar el valor constitucional de la solidaridad entre Comunidades autónomas; y el art. 138 de la misma atribuye al Estado la tarea de asegurar la realización efectiva del principio de solidaridad y de garantizar un equilibrio económico “adecuado y justo” entre las diversas partes del territorio; mientras el art. 149 atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones fundamentales que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

A su vez, a propósito del sistema constitucional italiano, podemos recordar los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social invocados por el art. 2 de la Constitución, de respetar la igual dignidad social de todos los ciudadanos (art. 3 de la Const.), o el principio de solidaridad que debe inspirar el reparto de los recursos financieros entre los diversos niveles institucionales y entre las diversas comunidades territoriales (art. 119 de la Const.), así como el principio de unidad económica y jurídica en tanto que límite a las diferenciaciones regionales; o también la reserva como competencia exclusiva del Parlamento, de la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derecho civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional” (art. 120 de la Const.)

Además, el equilibrio entre autonomía y unidad se encuentra asegurado mediante la atribución al estado de concretas obligaciones de coordinación y de armonización, así como por el ejercicio de poderes sustitutivos.

La coordinación se propone garantizar la funcionalidad el sistema; integrar las normativas nacionales y regionales que regulan los diversos sectores materiales, para evitar contradicciones y hacer armónicos y compatibles los diversos ordenamientos; impedir la fractura territorial de la actividad administrativa.

Por su parte, la exigencia de armonización –prevista en todos los ordenamientos a varios niveles– resulta particularmente evidente en un ordenamiento como el español caracterizado por un principio dispositivo que consiente a la Comunidades autónomas asumir en los Estatutos competencias potencialmente con suficiente diversidad entre Región y Región: con la consecuencia de que no siempre es sencillo identificar con precisión, ya sea el estado de actuación de la normativa estatal sobre el entero territorio nacional, ya sea la normativa concretamente aplicable en los supuestos específicos.

Mientras que en Italia, la actividad de coordinación esencialmente se manifiesta bien sea con la aprobación de las leyes-marco, bien con el ejercicio de la actividad de dirección y coordinación, por lo que hace al ordenamiento español, podemos referirnos a los instrumentos previstos por el art. 150.3 (normas estatales de armonización) y el art. 149.3 de la Constitución (prevalencia de la normativa estatal y supletoriedad).

En tercer lugar, las relaciones entre los niveles institucionales deben ser articuladas mediante reglas de comportamiento y procesales inspiradas en la lealtad constitucional o federal: en el sentido de que ningún nivel institucional debe poder realizar comportamientos dirigidos a obstaculizar el correcto y regular funcionamiento del sistema, o a incrementar la necesaria cohesión que debe subsistir entre las concretas partes que componen el todo. Un sistema basado sobre el principio de autonomía de las comunidades territoriales puede funcionar eficazmente sólo si se establece entre los diversos sujetos una actitud de colaboración.

4. LOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES TERRITORIALES: EN PARTICULAR LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO PARTICIPATIVO

Las Constituciones, por lo general, no ofrecen una definición de “autonomía” que consienta aislar directamente sus contenidos. Lo que, por otra parte parece comprensible toda vez que se considere que la autonomía es un concepto relacional, que puede precisarse tan sólo sobre la base de la concreta determinación de las funciones y del reparto de competencias. Ello no excluye, sin embargo, que se deba buscar el contenido esencial de la noción de autonomía.

Entre los elementos definitorios de la autonomía constitucional se encuentra con seguridad el principio dispositivo, el cual permite a una comunidad territorial “autoconfigurarse”, esto es, disponer –en forma más o menos amplia– del propio territorio, de la forma de gobierno, de los criterios de organización y de las reglas de funcionamiento, y perseguir los intereses específicos de la comunidad en cuestión.

En segundo lugar, no cabe duda de que la autonomía financiera parece complementar la autonomía política, desde el momento en que un ente puede efectivamente decidir cómo satisfacer las necesidades públicas sólo si tiene la capacidad de disponer autónomamente de los recursos necesarios para el despliegue de los propios cometidos institucionales. Además, la autonomía requiere instrumentos eficaces de tutela, mecanismos de defensa en el caso de intervenciones lesivas sobre sus propias atribuciones⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr., G. Rolla (cur.), *La difesa delle autonomie locali*, Milano, 2005.

Y aun, a los elementos arriba mencionados se le añade uno ulterior, concreto en el principio participativo: esto es, en el necesario tomar parte de las comunidades territoriales en los procesos decisorios del Estado.

Si el principio dispositivo, lo adecuado de los recursos y la garantía institucional se incardinan en la autonomía como prohibición de ingerencia por parte del resto de niveles institucionales, por el contrario, el principio participativo constituye un requisito propio de los sistemas constitucionales a varios niveles, que se caracterizan por el paso de un sistema jerárquico a uno relacional, en red.

En primer lugar, el principio participativo debería involucrar a las comunidades territoriales en los procesos de revisión de la Constitución, en particular el de aquellas disposiciones destinadas a definir la forma de Estado —federal, regional, compuesto—⁽²¹⁾.

La participación de las comunidades territoriales en los procedimientos de revisión constitucional encuentra una justificación histórica y un fundamento teórico distinto según sea la naturaleza federal o regional del ordenamiento constitucional. En el primer caso, el nexo entre la modificación de la elección constituyente y participación de las entidades descentralizadas para su revisión se funda en el hecho de que la Constitución del Estado federal se rige sobre el pacto instaurado entre las partes que han dado vida a la Federación, y cuyos contenidos no pueden ser modificados unilateralmente —esto es, sin la participación de los diversos niveles institucionales—.

En los ordenamientos regionales —por el contrario— considerar la Constitución un pacto entre las entidades territoriales sería una mera ficción. En estos casos no se trata, a nuestro parecer, de encontrar una imposible simetría entre momento genético de la Constitución y *amending power*; sino de considerar que el principio participativo es un elemento de la garantía institucional de la autonomía.

Dicha garantía, precisamente, se compone de dos partes: por un lado, la prohibición de erosionar el contenido esencial en sede de disciplina legislativa de las autonomías y de regulación de las relaciones interinstitucionales; por el otro, la exigencia de que tal actividad de configuración de desarrolle en el respeto de las reglas de conducta inspiradas —como se ha dicho— en el principio de lealtad.

Las soluciones seleccionadas por los ordenamientos constitucionales son múltiples, pero pueden reconducirse —básicamente— a una alternativa entre optar por una participación directa (por ejemplo, en forma de ratificación) o indirecta

(21) Véase: T. Groppi, *La partecipazione degli Stati membri alla revisione delle Costituzioni federali*, Milano, 2001; S. Gambino, G.D'Ignazio (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007.

(en virtud de la estructura específica de la Segunda Cámara). Asimismo, también resulta bastante diferente la intensidad del procedimiento participativo: que va desde los ordenamientos que prevén la participación de las Regiones sólo en la fase de iniciativa, hasta aquellos que solicitan su intervención necesaria en la fase deliberativa, o en sede de ratificación.

Además, el principio participativo debería inspirar también la producción de normas legislativas que inciden sobre la autonomía de las comunidades territoriales. Puede darse apoyo a dicha convicción a través de diversos argumentos⁽²²⁾.

En primer lugar, desde un punto de vista genérico, debe considerarse que en el procedimiento legislativo se “reflejan” los rasgos de la forma de Estado: la soberanía popular, el carácter democrático y el pluralismo. Si los dos primeros elementos participan en el refuerzo del rol de representación política en la determinación de la voluntad nacional, el otro induce a considerar que, en los sistemas articulados sobre varios niveles institucionales, el pluralismo no se plasma sólo a través de la dialéctica entre mayoría y oposición, sino también abriendo el ordenamiento estatal a la participación y a la concurrencia de las autonomías.

No debe olvidarse, tampoco, que en los ordenamientos constitucionales articulados sobre varios niveles institucionales también las fuentes primarias acusan los efectos del principio de autonomía, de modo que existen –más allá, obviamente de las leyes nacionales y locales– actos legislativos dotados de específica fuerza jurídica (como los Estatutos), leyes cuyas normas poseen una estructura particular (como las leyes de principio, las leyes generales o leyes de bases) o leyes que a la luz de los intereses y de los sujetos involucrados necesitan un procedimiento específico⁽²³⁾.

Por último, el reconocimiento de procedimientos que en determinados casos aseguran una participación efectiva de las comunidades territoriales en el *iter legis* pueden considerarse una especificación del criterio, más general, de colaboración leal.

En concreto, el principio de participación de las Regiones en el procedimiento legislativo estatal debería estar previsto con relación a específicos tipos de fuentes legislativas, susceptibles de incidir sobre la sustancia o sobre el carácter de la autonomía de las comunidades territoriales. Me refiero, por ejemplo: a las fuentes que participan en la formación del llamado “bloque de constitucionalidad”, a los

(22) Cfr., G. Rolla, E. Ceccherini (cur.), *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, Torino, 1997; M. Ruotolo (cur.), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007.

(23) Cfr., A. D’Atena, *L’impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, in (G. Rolla, E. Ceccherini cur.) *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, cit., 200 ss.; G. Roca, *La “decostruzione” della legge in Parlamento*, ivi, 127 ss.

decretos de transferencia de funciones del Estado a las Regiones, a la legislación del Estado a la que compete determinar los principios de la materia.

Sin duda, en la experiencia comparada, el principio participativo aplicado a la función legislativa trae a la mente la institución del Parlamento bicameral imperfecto, en el que una de la Asambleas se cualifica como representativa de las comunidades territoriales⁽²⁴⁾.

No obstante, si se pasa del análisis de un modelo teórico al examen de la experiencia constitucional y de su evolución, la perspectiva se modifica: por un lado, no en todos los ordenamientos federales se encuentra presente un Senado representativo de las comunidades territoriales (Canadá, Austria, Sudáfrica); por el otro, en otros países se pone de manifiesto una crisis tanto de representatividad efectiva de tales órganos, como de legitimación, en cuanto se consideran no adecuados respecto de las actuales dinámicas de relaciones interinstitucionales que parecen privilegiar mecanismos con cabida en la técnica de las relaciones interinstitucionales (Argentina, Australia).

Por otro lado, no parece falta de sentido el dato según el cual en los ordenamientos regionales no está presente, por lo general, una Cámara representativa de las autonomías territoriales: con la excepción, tal vez, de Bélgica donde el Senado, si bien representa a la Nación, tiene una composición mixta porque los senadores son en parte elegidos directamente por el cuerpo electoral en colegios representativos de los grupos lingüísticos, en parte elegidos en el Parlamento de las comunidades, y en parte cooptados a inicio de cada legislatura.

Mientras las propuestas de modificación de la estructura del Parlamento, incluso allí donde se considera prioritarias, no parecen encontrar las condiciones

⁽²⁴⁾ En tema de bicameralismo: P. Aimò, *Bicameralismo e regioni*, Milano, 1977; N. Occhiocupo, *La Camera delle Regioni*, Milano, 1975; L. Violini, *Bundesrat e Camera delle Regioni*, Milano, 1989; F. Rescigno, *Disfunzioni e prospettive del bicameralismo italiano. La Camera delle Regioni*, Milano, 1995; A. S. Ciortino, *Parlamento e sistema delle autonomie territoriali. Le prospettive di riforma del bicameralismo italiano*, Torino, 2005; S. Bonfiglio, *Il Senato in Italia. Riforma del bicameralismo e modelli di rappresentanza*, Roma, 2006.

Con referencia al derecho comparado, véase: B. Pezzini, *Il Bundesrat della Germania federale*, Milano, 1990; E. Ceccherini, *Esperienze di regionalizzazione del Parlamento nel Regno Unito e in alcuni paesi del Commonwealth britannico*, in (T. Groppi cur.) *Principio di autonomia e forma dello Stato*, cit., 273 ss.; F. Visiedo Mazon, *La reforma del Senado: territorialización del Senado*, Madrid, 1997; E. Aja, *La reforma constitucional del Senado: hacia una Cámara autonómica designada por los gobiernos*, in *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, Madrid, 2006; W. Swenden, *Federalism and second Chambers*, Brussels, 2004; I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006; J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (coord.), *A World of Second Chambers*, Milano, 2006.

políticas para realizarse: como bien lo atestigua el debate recurrente sobre las reformas constitucionales en Italia y en España.

En definitiva, por tanto, la experiencia de derecho comparado nos presenta un panorama aparentemente contradictorio, en el sentido de que, mientras por un lado se hace hincapié en la importancia de las reformas constitucionales dirigidas a diferenciar la composición de los parlamentos bicamerales; por el otro, en los sistemas con una consolidada tradición federal, se recuperan actitudes que desacreditan la real eficacia de un bicameralismo diferenciado, apostando –sobre todo por razón de mayor eficiencia y rapidez decisoria– por la revalorización de los organismos mixtos de representación de los gobiernos nacionales y locales⁽²⁵⁾.

Una tendencia que, en nuestra opinión, se vería amortiguada si se considera que nos encontramos en presencia de órganos de representación de los intereses regionales sólo en apariencia alternativos. Los órganos intergubernativos aseguran la coordinación, la contratación en el reparto de los recursos y de las tareas, la participación en el proceso de decisión relativo a la distribución vertical de las competencias administrativas; las Cámaras representativas de los niveles institucionales descentralizados, por su parte, involucran a las comunidades territoriales en la definición de los principios y los valores constitutivos de las exigencias unitarias del sistema: concurren, por un lado, a la valorización del sistema de las autonomías, por el otro, a aumentar la cohesión del Estado, revitalizando la unidad nacional mediante la movilización de los recursos emanantes de las comunidades territoriales.

Dicho en otros términos, no existe una exclusión necesaria entre el *interstate federalism* y el *intrastate federalism*.

5. LOS CRITERIOS PARA EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS REGIONES: UNA PERSPECTIVA SINTOMÁTICA DE LAS FORMAS DE ESTADO

Entre los aspectos que cualifican el principio de autonomía también deberían incluirse, a nuestro parecer, los criterios codificados para el reparto de competencias entre los diversos niveles institucionales, desde el momento en que no parecen de nula influencia por lo que hace a la caracterización de la forma de Estado: baste considerar, por ejemplo, que el elenco de las competencias centrales con una cláusula residual a favor de las comunidades territoriales se considera, por lo general, más acorde con los ordenamientos federales o fuertemente descentraliza-

(25) Véase: E. Ceccherini, *La collaborazione fra Stato ed enti territoriali negli Stati composti dell'Unione europea*, in (G. Rolla cur.) *La difesa delle autonomie territoriali*, Milano, 2005, 207 ss.

dos; mientras que la definición puntual de las materias en las que las Regiones pueden legislar se considera propia de ordenamientos regionales provistos de una autonomía moderada.

Con todo, dicha afirmación debe ser atemperada advirtiendo que no es correcta la introducción de una correspondencia automática entre técnica de reparto competencial y naturaleza del proceso de descentralización política. Como se confirma, a título de ejemplo, en los Estados federales de América Latina, donde la constitucionalización del criterio de la sola enumeración de las competencias centrales no ha impedido la concentración del poder decisonal, conseguido recurriendo a otros institutos como, por ejemplo, el recurso al estado de excepción o la apelación a la fórmula de los “*intereses preeminentes*”⁽²⁶⁾. Asimismo el caso de la revisión constitucional de 2001 en Italia, donde la lectura combinada de lo dispuesto en los artículos 117.2 y 117.4 de la Constitución podría inducir de modo ilusorio a considerar que también en el ordenamiento italiano se ha introducido un criterio de “*inspiración federal*” en la distribución de potestades legislativas entre los niveles institucionales.

Todos los ordenamientos unitarios regidos por el principio constitucional de autonomía deben determinar los criterios sobre cuya base emplazar concretamente las competencias: como norma, corresponde a las disposiciones constitucionales repartir las competencias entre el Estado y las Regiones, mientras la determinación de los ámbitos materiales propios de los entes locales se demanda preferiblemente a las fuentes primarias⁽²⁷⁾.

Por lo que hace más específicamente al reparto de competencias entre el Estado y las Regiones, de entre la pluralidad de las variantes ofrecidas por el derecho comparado adquieren una particular relevancia dos técnicas de codificación⁽²⁸⁾.

(26) *Cfr.*, Luatti, Il “federalismo vituale” latinoamericano: vicende storiche, caratteristiche, prospettive, en *Principio di autonomia e forma dello Stato*, cit., p. 361 ss.

(27) Es, por ejemplo, el caso de Italia, en cuya Constitución, los arts. 117.2. (p) y 118.2, reservan a la legislación (estatal y regional) la determinación de las funciones propias de los Ayuntamientos y de la Provincias; de España, dónde la materia de las funciones locales está por entero desconstitucionalizada; de la república Federal Alemana cuyo art. 28 de la Constitución garantiza a los Ayuntamientos el derecho de regular todos lo asuntos de las comunidades locales en los límites de las tareas fijadas por las leyes; de Bélgica, en cuyo art.108 solcita a la ley la atribución de todo aquello que resulte de interés municipal y provincial; de Canadá, donde el art. 92.8 de la *British North America Act* atribuye a las Povincias la competencia en materia de municipal institutions.

(28) Sobre este punto véase también: P. Carrozza, Le “materie”: uso delle tecniche di enumerazione materiale delle competenze e modelli di riferimento del “regionalismo di

La primera puede ser reconducida a un modelo de relaciones de concurrencia, que emerge, por ejemplo, de los ordenamientos que subdividen la competencia en el seno de una misma materia distinguiendo entre disposiciones de base y de desarrollo, entre leyes regionales y leyes estatales de armonización, entre legislación regional y normativa estatal sustitutiva. Como ejemplificación de las variantes arriba mencionadas, en nuestra opinión, se pueden mencionar respectivamente la competencia concurrente italiana del art. 117.3 de la Constitución italiana, la competencias legislativa atribuida al Estado para armonizar la normativa de las Comunidades Autónomas del artículo 150.3 de la Constitución española, la competencia concurrente alemana, según la cual en algunas materias la ley federal puede sustituir a aquella estatal sobre la base de exigencias unitarias reconducibles al criterio de subsidiariedad.

La segunda, por el contrario, se funda sobre una demarcación de las competencias que opera sobre la base de catálogos específicos de materias; en este caso se presupone una visión dual de las relaciones institucionales, según la cual, las Regiones, por cuanto hace a las competencias, darían vida a ordenamientos no sólo autónomos, sino separados.

En la experiencia comparada un tal resultado se pretende de modos diferentes: recurriendo al sistema de la doble lista, con base en la cual se enumeran las tareas correspondientes, respectivamente al Estado y a las Regiones; a la enumeración de las competencias descentralizadas para las que la Constitución indica las tareas propias de los entes territoriales reservando en vía residual el resto al Estado; o a la sola enumeración de las competencias estatales, con cláusula residual a favor de las Regiones.

La primera de las técnicas de reparto competencial orienta, por ejemplo, el federalismo canadiense. Allí, la *British North America Act* ha distribuido las competencias entre Federación y Provincias delineando un sistema paralelo de competencias, coherente con la perspectiva del *dual federalism*: por un lado, el art. 91 determina las competencias federales, por el otro, el sucesivo art. 92, dedicado a los poderes exclusivos del legislador provincial, contiene la lista de materias que configuran las competencias propias de la Provincia.

Sin embargo, el criterio prevalente con mucho –típico de los Estados Federales, pero también presente en algunos sistemas de autonomía regional– es el de la enumeración de materias reservadas al Estado Federal, adoptado por ejemplo en las constituciones de los Estados Unidos, de la República Federal Alemana, de los Estados Federales de América Latina, y de Suiza.

esecuzione” previsto dal nuovo titolo V della Costituzione, en G. Ferrari, G. Parodi, *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova, 2003, p. 79 ss.

Un criterio “heterodoxo” de distribución de competencias entre los distintos niveles institucionales está presente, a nuestro parecer, en el ordenamiento constitucional de España.

En este caso, la Constitución ha adoptado el sistema de la doble lista, junto con una amplia valorización del poder dispositivo, de modo que cada uno de los dos catálogos representa no tanto un criterio de demarcación de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuanto una opción entre las cuales los Estatutos pueden elegir: sobre la base del art. 148 de la Constitución, las Comunidades Autónomas identifican las materias de competencia propia que insieren en los Estatutos de autonomía, reservando las restantes al Estado; por su parte, el art. 149 de la Constitución identifica las materias que, quedando reservadas al Estado, no pueden incluirse en los Estatutos.

Por último, un criterio compuesto de reparto competencial ha sido adoptado por el legislador constitucional italiano, el cual, en la revisión de la estructura del art. 117 de la Constitución no se ha limitado a abandonar el criterio de la enumeración de las competencias regionales en favor del criterio alternativo –consistente en la atribución de una competencias regional residual en las materias no reservadas al Estado–; sino que sustancialmente ha introducido una triple lista: por un lado, la de materias reservadas al estado, por otro, la de materias cuya competencia se reparte entre el Estado y las Regiones; y todavía una tercera de materias atribuidas por competencia residual a las Regiones⁽²⁹⁾.

Los catálogos constitucionales tienden a satisfacer exigencias comunes, reconducibles a la provisión de certeza jurídica y a garantizar las autonomías territoriales: no puede, en puridad, hablarse de autonomía si no se predeterminan

(29) Para referencias generales: U. De Siervo, *Le leggi regionali*, en: *Le fonti del diritto oggi*, Pisa, 2006, 290 ss.; R. Tarchi (cur.) *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della costituzione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006. A. Anzon, *La nuova distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni*, en: *Lo Stato e le autonomie. Le Regioni nel nuovo titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 53 ss.; S. Mangiameli, *Il riparto delle competenze normative nella riforma regionale*, in *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 107 ss.; A. Ruggeri, G. Silvestri, *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001; A. Ruggeri, *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, 2001; E. Malfatti, *Legge costituzionale 2001, n. 3*, en: *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, Bologna, 2006, 285 ss.

Sobre el reparto competencial anterior a la revisión constitucional de 2001, véase: S. Mangiameli, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992; A. D’atena, *L’autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974; F. Cuocolo, *Le leggi cornice nei rapporti fra Stato e Regione*, Milano, 1967; M. Mazziotti, *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Milano, 1961; L. Paladin, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958.

ya sean los límites dentro de los cuales las comunidades pueden autodeterminarse, ya sea los límites que encuentra la actividad normativa del Estado.

Sin embargo, la experiencia induce a considerar que nos encontramos frente a instrumentos insuficientes, en cuanto la frontera que delimita las competencias no resulta a lo largo del tiempo estática o estable: dicho en otros términos, ni que decir tiene que resulta imposible “*descrivere efficacemente e in poche righe di scrittura l’insieme delle attività dei pubblici poteri*”⁽³⁰⁾. El más minucioso de los catálogos se arriesga a estar expuesto a una rápida obsolescencia y los “diques de contención lingüísticos” que ofrecen los elencos de materias no siempre se muestran en grado de proteger eficazmente la competencia regional de las frecuentes incursiones de la legislación estatal.

En primer lugar debe considerarse que las materias contenidas en los catálogos constitucionales no han sido entendidas por la jurisprudencia ni por la doctrina como “*ambiti fissi ed intangibili*”⁽³¹⁾, exponiéndose así su significado a las modificaciones producidas por la evolución de la legislación estatal en cuestión. De hecho, la noción de materia tiene una caracterización exclusivamente jurídica, en el sentido de que su definición debe producirse teniendo presente no tanto la etimología de las expresiones lingüísticas evocada por el constituyente, cuanto el significado que se desliza de la normativa vigente.

El contenido de las concretas materias está constituido por un conjunto de normas que disciplinan funciones, actividades e instrumentos, reconducibles a una determinada materia⁽³²⁾; por consiguiente, los confines que separan las competencias de los diversos niveles institucionales varían conforme se producen los cambios legislativos, de modo que el Estado, siendo el *dominus* de la competencia propia, está capacitado para ampliar el significado de las materias que la Constitución le reserva, restringiendo –por contra– la autonomía legislativa de las Regiones⁽³³⁾.

(30) Así, con solvencia: P. Carrozza, *op. cit.*, 93.

(31) *Cfr.*, A. D’atena, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, cit., p. 208 ss.

(32) Véase a propósito de la noción de materia regional: Mangiameli, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992; D’atena, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, Federalismo e regionalismo in Europa, Milano, 1994, p. 202 ss.; L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, Foro amm., 1971, p. 3 ss.; G. Rolla, *La determinazione delle materie di competenza regionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Le Regioni, 1982, p. 100 ss.

(33) S. Mangiameli, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992; S. Bartole, *Commento dell’art. 117*, Commentario della Costituzione, Bologna, 1985, 209 ss.; L. Paladin, *Diritto regionale*, cit., 111 ss.

En segundo lugar, no se puede minusvalorar el condicionamiento que sobre el reparto de competencias ejercen las técnicas de codificación de los catálogos. De hecho, son frecuentes los casos en los que estos últimos hacen referencia no a auténticos ámbitos materiales, sino más bien a actividades “transversales” susceptibles de incidir sobre la disciplina de diversas materias regionales⁽³⁴⁾. En ocasiones, además, *los* catálogos segmentan una misma materia en una pluralidad de submaterias repartidas entre el Estado y las Regiones —piénsese en el supuesto en que el medioambiente y los bienes culturales se dividen entre tutela y regulación, o entre tutela y promoción—; en otros casos quedan sustraídos a la competencia regional enteros ordenamientos —como el ordenamiento civil y penal, las normas procesales— susceptibles de incidir sobre una gran parte de las materias de competencias regional.

No puede tampoco pasarse por alto que en los propios catálogos con frecuencia se encuentran cláusulas generales —sobre todo en los ordenamientos federales— justificadas en la exigencia de evitar el riesgo de una excesiva cristalización en la distribución de las competencias, pero que consienten al Estado legislar incluso en ámbitos materiales regionales para satisfacer las exigencias generales de unidad del ordenamiento. Piénsese, por ejemplo, en la fórmula contenida en el artículo 91 de la *British North America Act*, 1867, a cuyo tenor la Federación de Canadá puede legislar sobre materias provinciales siempre que sea necesario para asegurar “*peace, order and good government*”⁽³⁵⁾; o en los diversos criterios generales que legitiman la intervención legislativa de la federación de los Estados Unidos de América en detrimento de las competencias estatales —desde la *commerce clause* o la fórmula de los poderes implícitos a la *guarantee clause*—.

Por su parte, la devolución de competencias significativas en favor de Escocia no impide al reino Unido ejercitar las iniciativas dirigidas a asegurar al propio pueblo “*participation in our economic unit which benefits business and provides access to wider markets and investment and incæases prosperity of all*”, así como

⁽³⁴⁾ Como, por ejemplo en el caso italiano, en el que es Estado se reserva la competencia en temas de equilibrio de los recursos financieros, tutela de la competencia, determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos sociales y civiles que deben ser garantizados en todo el territorio nacional.

⁽³⁵⁾ Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a la distribución de las competencias entre Federación y Regiones véase: Russel - Knopf - Morton, *Federalism and the Charter*, Ottawa, 1993; G. Rolla, *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, Quaderni cost., 1996, p. 197 ss.; Smithy, *The effects of the Canadian Supreme Court's Charter interpretation on regional and intergovernmental tensions in Canada*, Publius, 1996, p. 83 ss. AA.VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Padova, 1997.

la cláusula de supremacía presente en la sección 28 de la *Scotland Act* no impide al Parlamento del Reino Unido “*to make laws for Scotland*”.

Por último, es indudable que los contenidos de las materias pueden ser modificados según sea el criterio interpretativo que se utilice. Si, por un lado, el criterio histórico-objetivo se basa sobre la consideración de la naturaleza de las actividades reguladas por la ley en el modo en que en concreto resultan de la evolución normativa que ha configurado al sector determinado de que se trate; por otro, el criterio instrumental consiente legislar no solo sobre los objetos estrechamente incorporados en la definición jurídica de una materia, sino también sobre funciones subsidiarias, accesorias o conexas para éstos; mientras que a su vez, el criterio teleológico obliga a considerar también la finalidad que la normativa pretende conseguir mediante la regulación de aquella determinada materia⁽³⁶⁾.

En definitiva, la experiencia comparada muestra como, no obstante la aspiración omnicompreensiva de los catálogos, las “zonas grises” y las incertidumbres respecto a la atribución de una determinada competencia representan una constante en la relación entre los diversos niveles institucionales. El dinamismo que caracteriza a las relaciones entre el Estado y los ordenamientos territoriales descentralizados conlleva que la distribución efectiva de las competencias no se consiga a través de la mecánica aplicación de un catálogo.

Si bien los ordenamientos constitucionales a varios niveles identifican, por lo general, procedimientos para la solución de las controversias interpretativas, recurriendo respectivamente a la mediación interinstitucional (*political path*) o a un árbitro final (*judicial path*)⁽³⁷⁾, las dificultades que los catálogos de materias encuentran en la puntual atribución de las competencias están poniendo en crisis los criterios de reparto competencial que se fundan sobre demarcaciones rígidas, articulada mediante específicos listados de materias; de ahí la emergencia de una atención creciente por nuevas técnicas de codificación.

⁽³⁶⁾ Cfr., G. Rolla, *Diritto regionale e degli enti locali*, cit., 74 ss. G. Rolla, *La determinazione delle materie di competenza regionale nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Le Regioni, 1982, 100 ss.

⁽³⁷⁾ En el primer caso, la determinación acordada del reparto de competencias –que puede tener efectos generales (cuando identifican un criterio válido para todas las Regiones) o individuales (cuando la fase de negociación involucra a una sola región)– es encomendada a procedimientos de tipo pacticio. En el segundo, por el contrario, se asigna a los jueces –en particular a los constitucionales– la tarea ya sea de resolver los supuestos de hecho concretos en los que se produce un contencioso entre los diversos niveles institucionales, ya sea para encontrar en el exámen de los ordenamientos jurisprudenciales consolidados el parámetro al que referirse con la finalidad de definir el equilibrio entre el Estado y las comunidades descentralizadas.

⁽³⁸⁾ Véase al respecto: E. Ceccherini, *Esperienze e prospettive del regionalismo cooperati-*

Algunas de estas se mueven en la dirección de una sustancial “desconstitucionalización” de la temática, en el sentido de que el puntual reparto de competencias viene requerido a fuentes de grado subconstitucional: como, por ejemplo, en el caso de los Estatutos de autonomía en España —que constituyen la fuente jurídica que determina los ámbitos materiales efectivos de competencias de las Regiones— o de los *Concordats* en el Reino Unido, a través de los cuales el reparto de tareas asignadas a los diversos niveles institucionales se demanda a específicos acuerdos intergubernativos inherentes a materias de relevancia particular, como lo son, por ejemplo, el apoyo financiero al sector industrial, las políticas agrícolas, sanitarias, culturales, medioambientales, el transporte, la seguridad social, o la pesca⁽³⁸⁾.

Otras técnicas, por el contrario, prefieren sustituir el elenco de materias por la indicación puntual de las tareas y de las actividades que corresponden respectivamente a Estado y a las regiones. En el fundamento de tal solución se encuentra la consideración de que las materias son un “mosaico” de actividades, cuya competencia resulta oportuno distribuir con base en criterios acordados entre los niveles institucionales, en consideración al principio participativo.

Con tal propósito, se puede hacer referencia a los nuevos Estatutos de algunas Comunidades Autónomas españolas o a la reforma constitucional del federalismo alemán. En un caso tras haber codificado la afirmación general por la que se asigna a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en una determinada materia, se precisa que “en todo caso” esta comprenda una serie de actividades expresamente indicadas y analíticamente identificadas⁽³⁹⁾.

En la República Federal de Alemania, por su parte, la revisión constitucional ha intentado reducir la superposición de las competencias entre los *Länder* y la Federación, pasando de un elenco de materias a la enumeración de las tareas que deben ser “recortadas” a favor del otro nivel institucional, en la consideración de que no siempre es posible (u oportuno) proceder a una atribución de competencias en abstracto, sino que se requiere valorar las exigencias concretas de unilateralidad y diferenciación⁽⁴⁰⁾. Por tanto, en el seno de materias de competencia de un nivel institucional se identifican actividades concretas (“micromaterias”) reservadas a otro nivel institucional.

vo nel Regno Unito.

⁽³⁹⁾ Véase: C. Viver Pi-sunyer, *En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una poética jurídico constitucional*, en: El Estado autonómico, Madrid, 2006, 87 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sobre la reforma constitucional del federalismo alemán véase: A. Arroyo Gil, *El federalismo alemán en la encrucijada*, Madrid, 2006.

6. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y SISTEMA DE FUENTES

El principio de autonomía influye no solo sobre los procedimientos normativos, sino también sobre los criterios ordenadores del sistema de fuentes, requiriéndose nuevos criterios interpretativos para identificar las normas efectivamente aplicables en caso de antinomias normativas y para asegurar la coherencia al entero sistema ⁽⁴¹⁾.

En los ordenamientos constitucionales a diversos niveles el carácter de las relaciones interinstitucionales no altera la estructuración ordinaria de las competencias, sino que comportan, más bien, que se preste atención prioritariamente a la integración procesal, así como a la prevención de antinomias. Esto, por cuanto se trata no tanto de excluir la aplicabilidad de una fuente en favor de otra, sino de garantizar la coexistencia de “sistemas de normas” (estatales, regionales y locales), funcionalmente dirigidas a la satisfacción de exigencias diferentes: en el sentido de que, por un lado, la normativa producida por el nivel institucional superior responde a las finalidades de armonización y unificación, mientras, por el otro lado, la normativa con origen en el nivel institucional inferior se propone de dar valor a las diferencias y especificidades locales.

Se delinea, por tanto, un regionalismo que apunta –por lo que se refiere a los procedimientos de toma de decisiones– al refuerzo de los instrumentos de participación y de negociación; mientras, por lo que hace al sistema de fuentes, presupone criterios interpretativos más dinámicos respecto de los tradicionales principios de competencia y jerarquía. Téngase en cuenta que el principio de autonomía de las comunidades territoriales atempera la regla de la preeminencia del derecho procedente de la fuente jerárquicamente superior dando ventaja al criterio de la competencia; pero este último, a su vez podría enderezar las relaciones entre los ordenamientos de forma incompatible con la dinámica de los sistemas constitucionales de diversos niveles.

En general el principio de autonomía influye sobre el sistema de fuentes con relación a diversas cuestiones: sobre la estructura de las fuentes, sobre la estructura de las normas, sobre su fuerza, sobre los criterios utilizables para resolver las antinomias normativas.

Por lo que concierne a la primera cuestión, la función normativa del legislador nacional debería poseer características cualitativamente adecuadas para las exigencias de autonomía⁽⁴²⁾: dicho en otro términos, el principio de autonomía

(41) Para algunas consideraciones preliminares véase: G. Rolla, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n.3 del 2001* Le Regioni, 2002, 321 ss.

(42) Sobre el carácter de base o de principio de la normativa en materia de autonomía véase: García Morillo, *La versalidad de lo básico*, Revista de administración Pública, 1996, p. 125

requiere una revalorización del carácter sustancial de la función normativa, atenta a evitar que el “legislador se haga cargo, no sólo de establecer normas generales... sino también de producir, en aplicación de (o para derogación de) éstas, las medidas de actuación concretas”⁽⁴³⁾. Ni por otra parte parece diferente la indicación procedente de la disposición del artículo 5 de la Constitución italiana, según la cual la República debe adecuar los principios y métodos de su legislación a las exigencias de autonomía y descentralización.

Por esta razón, somos del parecer de que las fuentes susceptibles de incidir, por lo que hace a la organización a las competencias, sobre la autonomía de los entes territoriales deben poseer una cualidad específica, que se concreta en el carácter de la generalidad. Las leyes generales constituyen una fuente “atípica” no sólo por su fuerza jurídica, sino también por su estructura normativa, en el sentido de que deberían contener una regimentación orgánica, no fragmentaria de la materia.

En otros términos, la producción de normas regionales debe desarrollarse según reglas de referencia jurídica vinculadas de modo orgánico la una con la otra, estables en el tiempo, no expuestas a cambios repentinos o continuos. Tales objetivos parecen más fáciles de conseguir si la normativa susceptible de incidir sobre la autonomía de una comunidad territorial con finalidad unitaria de armonización es producida por una específica fuente que posea, por comparación a las que tienen el mismo valor, una particular fuerza pasiva, una específica capacidad de resistir a la innovación normativa: en el sentido de que normas producidas por leyes generales no pueden ser derogadas por sucesivas leyes o reglamentos no generales.

Al mismo tiempo, las normas contenidas en fuentes generales pueden constituir un límite a la actividad normativa ordinaria y representar —en tal modo— una garantía institucional de la autonomía en la medida en que su violación puede determinar una ilegitimidad por violación del principio constitucional de autonomía.

La estructura de las normas que inciden en la autonomía de las Regiones debería, además, poseer los rasgos propios de las normas de principio: esto es, deberían expresar un criterio general, caracterizador de la ordenación de una de-

ss. Tosi, “*Principi fondamentali*” e leggi statali nelle materie di competenza regionale, Padova, 1987; Carli, *Il limite dei principi fondamentali*, Torino, 1992.

(43) Así: Sorrentino, *Tipi di legge ed unicità della funzione legislativa*, in (Rolla - Ceccherini) *Profili di diritto parlamentare in Italia e Spagna*, Torino, 1997, p. 122. Sobre el tema general de las relaciones entre función legislativa y principio de autonomía véase, también para ulteriores referencias bibliográficas: D’atena, *L’impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, *ivi*, p. 181 ss.

terminada materia. En la relación entre normativa de bases y normativa de desarrollo se manifiesta, de hecho, la dialéctica entre la unidad y la diferenciación insita en todo sistema constitucional a varios niveles.

De seguro, no resulta fácil identificar el criterio a que se recurre para establecer el carácter de principio de una determinada normativa⁽⁴⁴⁾.

Con seguridad, debería excluirse que la adquisición de dicha cualidad pudiese producirse sobre la base de una autocalificación genérica; la sola manifestación de voluntad de quien ha producido la norma parece insuficiente para determinar su posición en el sistema de fuentes. Dicho en otros términos, no parece suficiente el mero *nomen iuris*, sino que también debe ser tomada en consideración la estructura intrínseca de la norma, que puede destilarse de su contenido normativo, de su objeto, de, de su propósito así como de la incidencia de esta sobre el resto de normas del ordenamiento.

En general, los ordenamientos constitucionales, confían la determinación de la naturaleza de principio a una norma mediante dos criterios principales: uno solicita al intérprete –especialmente al juez constitucional– la tarea de establecer si una determinada disposición contiene normas de principio; el otro asigna al mismo legislador la competencia de indicar analíticamente las disposiciones que –en tanto que en respuesta a exigencias de disciplina unitaria de un determinado sector– deben considerarse de principio y orientar (en tanto que sean tales) la actividad normativa del resto de niveles institucionales.

Entre las dos soluciones sería preferible aquella que lleva al legislador a determinar, o mejor a enunciar expresamente las normas de principio. Ese caso, a nuestro parecer, tiene el valor de reducir la incertidumbre jurídica y el contencioso, desde el momento en que la autonomía de las comunidades territoriales encontraría un vínculo inderogable sólo en aquellas normas en que el Estado ha calificado expresamente de principio, mientras podría libremente expandirse sobre el resto de ámbitos o regulados por dichas normas de principio.

En consecuencia, por un lado, los entes territoriales pueden derogar las disposiciones no de principio; por otro, en ausencia de una identificación explícita de los principios por parte de la ley estatal, las disposiciones en esta conte-

(44) Véase: F. Cuocolo, *Le leggi cornice nei rapporti fra Stato e Regioni*, Milano, 1967; E. Tuccari, *Studi preliminari sulle leggi cornice per le Regioni*, Milano, 1968; V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislator e*, Milano, 1970; S. Bartole, *I principi fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1981, 14 ss.; M, *Il limite dei principi fondamentali (alla ricerca di un consuntivo)*, Torino, 1992; R. Tosi, “*Principi fondamentali*” e *leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova, 1987; A. Paoletti, *Leggi-cornice e Regioni. Crisi di un modello*, Milano, 2001.

nidas deberían considerarse cedibles frente a la posterior intervención normativa de las Regiones.

Los sistemas institucionales de varios niveles regulados por el principio de autonomía influyen además, sobre los criterios que pueden utilizarse para resolver las antinomias normativas.

Antes que nada, el criterio jerárquico no parece utilizable en las relaciones entre fuentes producidas por ordenamientos jurídicos diferentes y autónomos: puesto que las eventuales antinomias no pueden resolverse sobre la base de la diversa fuerza jurídica de las normas, sino más bien combinando el principio de autonomía con otros criterios concomitantes como son el de la supletoriedad y el de la cesión.

La Constitución, identificando los ámbitos materiales que forman parte de las competencias de las comunidades territoriales, reserva a las fuentes normativas regionales el poder de regular las actividades inherentes a tales materias: por tanto, estas deben preferirse a una eventual normativa estatal. Sin embargo, el carácter absoluto de tal criterio debe ser atemperado por el criterio de supletoriedad, con base en el cual —en ausencia de normativa producida por la fuente competente— se pueden aplicar transitoriamente las normas estatales (aunque no de inicio).

De hecho, una aplicación rígida del principio de competencia, a nuestro parecer, incidiría de manera negativa sobre la funcionalidad del sistema, sobre todo por lo que concierne a la certeza y seguridad jurídica.

El criterio de supletoriedad debería ser utilizado en los casos de inercia normativa por parte del nivel institucional competente o en ausencia de una normativa descentrada aplicable (por ejemplo, como consecuencia de una sentencia de ilegitimidad o de un referéndum derogatorio). En tales hipótesis, el recurso a la supletoriedad consiente cubrir una “laguna” normativa, aplicando el derecho estatal; mientras que el criterio de la cesión restablece el principio de autonomía, desde el momento en que impide que se traslade la titularidad de la competencia, pero se limita a tornar transitoriamente válido y aplicable el derecho estatal hasta la intervención sucesiva de parte de la fuente regional competente.

Dicho de otro modo, el derecho supletorio tiene una reducida aplicación —circunscrita a los ámbitos territoriales en los que no existe un derecho válido por parte de los niveles institucionales competentes— y limitada —en el sentido de que es aplicable hasta el momento en que el ente inerte recupera la propia competencia—⁽⁴⁵⁾.

(45) Así: I. De Otto Y Pardo, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional*, en *Estudios sobre el Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986. En general, véase: AA.VV., *La supletoriedad del Derecho estatal*, Madrid, 1999.

Tales criterios de solución de antinomias normativas favorecen el dinamismo del sistema normativo y deberían ser aplicados también en toda ocasión en que se verifica una modificación de la normativa de base, con el consiguiente desalineamiento de las normas de desarrollo: piénsese, por ejemplo, en la dinámica temporal que regula, en materias de competencia legislativas concurrente, las relaciones entre ley estatal y regional; o bien entre las directivas de la Unión europea y la legislación regional.

Si en los supuestos de hecho arriba mencionados se utilizase exclusivamente el criterio de la competencia, se llegaría a la conclusión de que la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de nuevas normas, incompatibles con aquellas vigentes en los ordenamientos autonómicos, determinarían la ilegitimidad sobrevenida de la normativa descentralizada, que continuaría siendo eficaz.

En tal caso, para depurar el sistema de normas que se hubiesen convertido en ilegítimas sería necesario esperar a la intervención reformadora de los entes competentes –con el eventual ejercicio del poder sustitutivo en caso de inercia–, o bien a una declaración de ilegitimidad por parte de la Corte Constitucional (frente a los Estatutos y leyes regionales) o del juez administrativo (frente a los reglamentos o estatutos municipales y provinciales).

Exigencias de certeza jurídica –encaminadas a depurar automáticamente el sistema de las normas que se tornan ilegítimas– inducen a preferir que la mutación de los principios estatales determine la derogación de las normas con éstos incompatibles. Dicho de otro modo, el legislador estatal, dictando principios nuevos, deroga las normas incompatibles sustituyéndolas. Sin embargo, para no banalizar el criterio de las competencias (estrechamente en conexión con la autonomía normativa) tal sustitución debe operar tan sólo de modo transitorio.

En otros términos, se produce una situación dinámica con base en la cual la normativa estatal se convierte en competente para regular una determinada materia de asignación regional o local; pero ésta es aplicable en modo transitorio hasta que la fuente de autonomía no se hace de nuevo con la competencia que le es propia, encargándose de sustituir la normativa (regional y local) que resultaba ilegítima.

PRESIDENCIALISMO Y FEDERALISMO EN ARGENTINA

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (*)
(Argentina)

SUMARIO: I. Introducción. II. El presidencialismo argentino. A. El Presidencialismo en el texto originario de 1853. B. La reforma constitucional de 1994 y la atenuación del presidencialismo. C. El hiperpresidencialismo. III. El federalismo argentino. A. Etapas del federalismo normativo. B. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional. IV. La interacción entre federalismo e instituciones representativas. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A los fines de la exposición de tan amplia temática, abordaremos tres puntos que consideramos fundamentales⁽¹⁾: el presidencialismo, dentro de nuestra forma de gobierno; el federalismo, como forma de estado en Argentina y en tercer lugar, las interrelaciones entre ambos términos. Finalizaremos este aporte con unas conclusiones.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

(1) Como lo hicimos previamente en el Capítulo de Argentina de nuestra autoría, en el libro "A Global Dialogue on Federalism. Volume 3. Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries", editado por Katy Le Roy y Cheryl Saunders, publicado por el Forum of Federations y la International Association of Centers for Federal Studies, en la McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, London- Ithaca, 2006, págs. 7/36.

Adelantamos que por razones de brevedad, efectuaremos una exposición sintética de estas cuestiones, que además, requieren de una visión interdisciplinaria, por su especial complejidad.

II. EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO

A. El Presidencialismo en el texto originario de 1853

La Constitución Nacional, sancionada en 1853, estableció una forma de gobierno representativa, republicana y federal en el art. 1º, en base al modelo de la constitución norteamericana.

Debemos señalar en cuanto al primer aspecto de la forma representativa, que en la reforma constitucional de 1994 se introdujeron institutos de democracia semidirecta como la iniciativa y la consulta popular, en los arts. 39º y 40º.

En relación a la forma republicana, se dispuso la clásica separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El Presidente y Vicepresidente de la República eran electos de manera indirecta por colegio electoral, con un mandato de 6 años y sin reelección inmediata, hasta la reforma de 1994, que estableció una elección directa a doble vuelta, con un mandato de 4 años y posibilidad de una reelección inmediata. Además, se diseñó una atenuación del fuerte presidencialismo consagrado en 1853.

El Poder Legislativo está compuesto por dos Cámaras: de Diputados, que representan al pueblo de la Nación y de Senadores, que representan a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires.

El Poder Judicial está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con nueve miembros y los demás tribunales inferiores.

Nuestro sistema es presidencialista, ya que en la Ley Suprema se mantiene en el art. 87 –luego de la reforma constitucional de 1994– el mismo texto del anterior art. 74 de 1853, que dispone que «El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de «Presidente de la Nación Argentina».

El modelo inicial del texto histórico de 1853 fue como lo hemos dicho, el de la Constitución de Filadelfia de 1787, pero con algunas modificaciones que establecieron un presidencialismo aún más fuerte en sus competencias, por la influencia de Juan Bautista Alberdi que siguió el antecedente de la Constitución Chilena de 1833⁽²⁾.

(2) La Presidencia argentina tuvo más atribuciones que la norteamericana, vgr. en materia co-legislativa y en la designación de funcionarios. Cuando hablamos de presidencialismo “fuerte”

El Presidente tuvo 4 jefaturas: del Estado, del Gobierno, de la Administración y de la Ciudad de Buenos Aires. Actualmente, luego de la reforma de 1994, conserva las tres primeras.

nos referimos al conjunto de las atribuciones que la Constitución reconoce al Presidente, y en ese sentido, en general se puede sostener que la Presidencia-institución ha sido fuerte a partir del modelo norteamericano, pudiéndose distinguir sin embargo distintas gradaciones de fortaleza en las Constituciones latinoamericanas, que van desde la considerada más fuerte (precisamente la chilena) hasta la que han recibido atenuaciones por la reducción de competencias y especialmente, por la incorporación de instituciones típicas del parlamentarismo, como la nuestra, entre muchos otros casos señalados por Diego Valadés en sus obras “El Gobierno de Gabinete”, publicada en México y de inminente aparición en Argentina, con la edición de Rubinzal Culzoni y Prólogo de mi autoría y “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Colegio Nacional de México, en 2007. En dichos libros, el distinguido constitucionalista mejicano reabre con agudeza el debate que habían producido politólogos como Linz, Valenzuela, Sartori y Nohlen en torno al presidencialismo y parlamentarismo en América Latina, inclinándose por la renovación del primero, mediante la incorporación de instituciones del segundo, a los fines de morigerar la concentración del poder presidencial y racionalizar su ejercicio.

Señalamos que en el Seminario titulado “Making Presidentialism work”, recientemente realizado en el Distrito Federal de México con la organización conjunta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e International IDEA, entre los días 6 y 8 de febrero de 2008, luego de hacer referencia a la Presidencia como institución, indicamos que también se puede analizar a la misma en relación a la persona que la ocupa, desde el punto de vista de la realidad política. Y aquí se pueden asimismo hacer clasificaciones según la “fortaleza” o “debilidad” política de los Presidentes, especialmente en relación a sus liderazgos y al mayor o menor poder frente al Congreso, la prensa, etc... En tal sentido, señalé como Presidentes políticamente débiles a los que pierden las elecciones legislativas y quedan en minoría en las dos Cámaras del Congreso norteamericano. Esta cuestión está especialmente vinculada al sistema de partidos políticos y en principio, no debe observarse como disvaliosa para el funcionamiento de las instituciones. En este sentido, sostuve en relación a Méjico, que la “debilidad” política de los Presidentes Fox y Calderón, ha sido positiva para el funcionamiento del sistema republicano y la división y equilibrio de los poderes, en razón del tripartidismo existente (PAN, PRI y PRD), que ha fortalecido al Congreso y que impulsa una independencia del Poder Judicial. Por este mismo criterio, formulé mi oposición a la idea de que los Presidentes deben también ser Jefes de sus respectivos partidos políticos.

Por su parte Diego Valadés en su libro “Gobierno de Gabinete” clasifica a los sistemas presidenciales latinoamericanos en 3 tipos: el tradicional, el transicional y el democrático.

Y así los caracteriza: “El tradicional corresponde al ejercicio autoritario del poder, altamente concentrado en la persona que ocupa la titularidad de la presidencia, con relación al cual los controles políticos y jurisdiccionales no representan una garantía eficaz para los derechos fundamentales; el transicional corresponde a una etapa de desarrollo en que existen controles jurisdiccionales eficaces, pero donde los controles políticos no han alcanzado un pleno desarrollo; en el democrático están presentes los controles políticos y jurisdiccionales”. Sólo ubica en el tercer tipo a Chile, Uruguay y Costa Rica.

En cuanto a las atribuciones del Presidente, según la Constitución vigente, están reguladas en el art. 99º de la Constitución y pueden ser clasificadas según el Prof. Daniel Sabsay⁽³⁾ en:

- colegislativas (incs. 3, 8 y 9),
- reglamentarias (incs. 2 y 3),
- nombramiento y remoción de funcionarios (incs. 4, 7 y 19),
- jubilaciones y pensiones (inc. 6),
- poderes financieros (inc. 10),
- poderes militares (incs. 12 a 15),
- representación ante la comunidad internacional (inc. 11),
- poderes excepcionales (incs. 5, 16 y 20).

La Ley Suprema le otorga atribuciones de carácter legislativo al Poder Ejecutivo –a cargo del Presidente–, ya que puede presentar proyectos de ley, además de promulgar y publicar los sancionados por el Congreso (art. 99º inc. 3). También está facultado para vetar las leyes (art. 83).

Asimismo el Presidente debe realizar anualmente la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso para dar cuentas del estado de la Nación (art. 99º inc. 8) y puede prorrogar las sesiones ordinarias y convocarlo a sesiones extraordinarias (art. 99 inc. 9).

El Presidente tiene facultades reglamentarias para ejecutar las leyes (art. 99º inc. 2) y excepcionalmente puede dictar decretos de necesidad y urgencia, «cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos» (art. 99º inc. 3).

Por otra parte, el Congreso puede delegarle facultades legislativas en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado y según las bases que fije (art. 76º).

Aunque la importancia del Congreso y trascendencia de sus funciones es indiscutible, también en nuestro país se aprecia que el centro de gravedad del poder corresponde desde hace tiempo al Poder Ejecutivo.

(3) «Derecho Constitucional», de Albanese, Dalla Via, Gargarella, Hernández y Sabsay, editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, Prólogo de Giuseppe de Vergottini, Capítulo de Poder Ejecutivo de Daniel Sabsay, págs. 618 y sgts., al que nos remitimos para el análisis de esta temática, por razones de brevedad.

Ello se ha producido por diversas causas entre las que señalamos: a) las interrupciones del orden constitucional que significaron el cierre del Congreso; b) el liderazgo del Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea; c) las emergencias políticas, económicas y sociales que disminuyeron el protagonismo del Congreso y d) la crisis de la representación política que afecta al prestigio del mismo.

No podemos además dejar de señalar que en la Presidencia de Menem, en sus dos períodos (1989-1999) se dictaron aproximadamente 500 decretos de necesidad y urgencia que afectaron gravemente la función legislativa. Y esta práctica tan negativa fue continuada por el resto de los Presidentes que le sucedieron. A ello deben sumarse las delegaciones legislativas efectuadas por el propio Congreso, que también significaron una resignación del cumplimiento de sus funciones frente a un Ejecutivo que ha legislado por decretos, con notoria intensidad, desde la fecha indicada.

B. La reforma constitucional de 1994 y la atenuación del presidencialismo

Por ello se comprende que **uno de los objetivos principales de la reforma constitucional de 1994 fue la atenuación del presidencialismo**⁽⁴⁾, como se observa a través de las siguientes modificaciones institucionales producidas:

- 1) **Privación de una de sus Jefaturas al Presidente como fue la de la Capital Federal**, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

(4) Véase Hernández Antonio M., “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario” en el libro “A diez años de la reforma de la Constitución Nacional”, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Advocatus, 2005, págs. 49 y sgts.. Bajo nuestro punto de vista, el objetivo de la reforma fue atenuar el presidencialismo, mediante un diseño constitucional como el referido, que produjo una disminución de las atribuciones del Presidente, además del fortalecimiento del Congreso, de la creación de nuevos órganos de control y de la búsqueda de la independencia del Poder Judicial a través del Consejo de la Magistratura. Se trató de una renovación del presidencialismo, para atenuarlo y racionalizarlo, como ha ocurrido en otros países de América latina y del mundo, según lo ha demostrado Diego Valadés en sus obras citadas. De todas maneras, este diseño no buscó el tránsito de un sistema presidencialista a uno mixto con mayores ingredientes de parlamentarismo, como lo había intentado especialmente Carlos S. Nino, que desde el Consejo de Consolidación de la Democracia, creado por el Presidente Raúl Alfonsín en 1986, con sus dos Dictámenes, había preconizado una reforma constitucional en este aspecto, siguiendo los modelos de Francia, Portugal y Finlandia. (Véase además el extenso análisis que efectúa el destacado jurista en su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 595 y sgts.). Más recientemente ha insistido con estos lineamientos Pablo Riberi en su artículo “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político” (“Constitución de la Nación Argentina”, Tomo II, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003, págs. 291/315)

- 2) **Fortalecimiento del Congreso** mediante distintas reformas, que por razones de brevedad no podemos analizar y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, basta mencionar la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.
- 3) **Reducción de las atribuciones del Presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura** y el procedimiento establecido para los ministros de la Corte Suprema.
- 4) **Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir las atribuciones del Gobierno Federal y afirmar el control vertical del poder**, como otro objetivo del federalismo⁽⁵⁾.
- 5) **Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público** con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.
- 6) **Reducción del mandato del Presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa**, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.

(5) Véase Hernández Antonio M., "Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1997. En cuanto a la forma de designación del Presidente y Vicepresidente de la Nación, la reforma constitucional de 1994 modificó el sistema anterior indirecto por medio del colegio electoral, estableciendo un sistema de elección directa a doble vuelta, conformando el territorio nacional un distrito único (art. 94°).

Se ha señalado que esta modificación ha afectado el federalismo pues se han disminuido las mayores posibilidades de influencia de las provincias chicas en el Colegio Electoral, y consecuentemente, han aumentado las posibilidades de definición de la elección presidencial en sólo 4 o 5 provincias grandes. Otros -entre los que nos contamos- han estimado que la solución del problema está en el cambio de la ordenación y concentración demográfica del país, ya que el sistema actual es mucho más democrático que el anterior y debe ser mantenido. Por otra parte, también antes de 1994, las elecciones se definían en los distritos grandes, como hoy se aprecia incluso en los Estados Unidos.

- 7) **Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo** en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99° inc. 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.
- 8) **Creación del Jefe de Gabinete de Ministros**, como institución de origen parlamentario, introducida en el sistema presidencialista, con la finalidad de morigerar nuestro hiper-presidencialismo y asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como se sostuvo en los debates de la Convención Constituyente.

Deteniéndonos en esta institución, sus **atribuciones** están prescriptas en el art. 100° de la Constitución Nacional y principalmente consisten en: a) Ejercer la administración general del país (inc. 1); expedir actos o reglamentos (inc. 2); efectuar los nombramientos de los empleados de la Administración, excepto los que correspondan al Presidente (inc. 3); ejercer las funciones que le delegue el Presidente (inc. 4); coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia (inc. 5); enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto nacional (inc. 6) y hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto (inc. 7).

Asimismo tiene similares responsabilidades que los Ministros en cuanto a su departamento, pero a diferencia de éstos, es responsable políticamente ante el Congreso (art. 100°) y debe concurrir al mismo una vez por mes, alternativamente, a cada una de sus Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno (art. 101°). Asimismo puede ser interpelado a los efectos de una moción de censura y removido por el Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (art. 101°).

También tiene especiales atribuciones con respecto a los decretos de necesidad y urgencia y a los decretos delegados, ya que debe firmarlos y presentarlos antes la Comisión Bicameral Permanente (art. 100° incs. 12 y 13).

No obstante las importantes funciones del Jefe de Gabinete de Ministros, algunos autores lo asimilan más a un Ministro Coordinador que a un Jefe de Gabinete de un sistema parlamentario, pues depende en definitiva del Presidente que lo nombra y lo puede remover.

De cualquier manera, su incorporación en la reforma de 1994 tuvo el objetivo de atenuar el nuestro presidencialismo y no de cambiar el sistema hacia uno

semipresidencialista o parlamentario. Similares propósitos han tenido las reformas constitucionales operadas en otros países de sistema presidencialista⁽⁶⁾.

Pero en un balance a más de 10 años de esa trascendental reforma de 1994, –para nosotros la más legítima e importante de nuestra historia constitucional–, se concluye en que esta figura en particular no ha servido en el orden de la realidad política para modificar nuestra práctica constitucional de enorme concentración del poder en el Presidente.

Reiterando nuestro acuerdo con el **diseño normativo realizado por la Convención Constituyente**, consideramos que por **la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en los hechos una atenuación del hiper-presidencialismo.**

Si bien efectivamente funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5 (o sea por la eliminación de su jefatura sobre la Ciudad de Buenos Aires, por la intervención del Consejo de la Magistratura en la elección de los jueces, por las mayores competencias y autonomía de Provincias y Municipios y por la jerarquización de los órganos de control) no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por el Presidente y la práctica institucional de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que en modo alguno han atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa, ya que no impidió su caída.

(6) Recuérdense las obras de Diego Valadés citadas en la nota 2, donde analiza los casos de Perú (quien primero introdujo este tipo de instituciones), Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, en América Latina, que han renovado el presidencialismo en las reformas constitucionales, dentro de 48 casos observados en el derecho constitucional comparado, lo que le permite fundamentar su denominación de “presidencialismo parlamentarizado”. También sostiene que se advierte una presidencialización de los sistemas parlamentarios. En la exposición efectuada por el jurista mejicano en el Seminario sobre Presidencialismo antes citado, insistió en introducir reformas al sistema constitucional de su país para incorporar el Gobierno de Gabinete, además de otras instituciones que había mencionado Jorge Carpizo, en la Mesa Redonda que también integrara. Valadés recordó la tradición y tendencia autoritaria del presidencialismo, que mereciera las críticas de Kelsen y Bobbio y abogó por la racionalización de su poder. El Senador Carlos Navarrete del PRD, que también formó parte de dicha mesa junto a los citados juristas y a otros dos Senadores del PAN y del PRI fue particularmente elocuente en su análisis del presidencialismo exacerbado durante el gobierno del PRI, que recién finalizara con la presidencia de Fox en el 2000. Por ello, hemos incluido dentro del hiperpresidencialismo a dicha etapa.

Consideramos que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del Presidente. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “**Provincia de San Luis**” en 2003, donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa, para impedir el uso conjunto de los mismos, en relación al llamado “corralito”, que fue para nosotros la más grave y grosera violación de derechos constitucionales producida por una emergencia económica en nuestra historia⁽⁷⁾.

El avance incontrolado de la concentración del poder en el Poder Ejecutivo ha alcanzado su máximo desarrollo a partir de la sanción de la **Ley de Emergencia N° 25.561**, sancionada por el Congreso en 2002, que originara una delegación sin precedentes al Presidente, en una amplísima cantidad de materias (económicas, financieras, bancarias, administrativas, de fijación de precios y tarifas, de renegociación de los contratos, etc.) y que hasta la actualidad ha sido prorrogada cada año, pese a que el gobierno se jacta del buen funcionamiento de la economía y del superávit fiscal.

Pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, hoy en Argentina se gobierna por muy pocas personas (la titular del Poder Ejecutivo y unos pocos colaboradores, entre los que se cuenta su marido, el anterior Presidente, que en breve presidirá el partido del gobierno) y por medio de decretos (delegados o de necesidad y urgencia), sin el debido control político por parte del Congreso ni de la Corte Suprema de Justicia.

En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la Ley N° 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerce el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actúe simplemente para convalidar los decretos

(7) Véase nuestra obra “Las emergencias y el orden constitucional”, en sus dos ediciones, la 1ª. de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002 y la 2ª. del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico y Rubinzal Culzoni, México, 2003, donde efectuamos un análisis de las emergencias sufridas en nuestra historia institucional y en especial, de la última económica, cuyos efectos todavía continúan y que creara el “corralito” financiero y bancario a partir de fines del 2001.

dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de ley enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso⁽⁸⁾.

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, son consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática⁽⁹⁾.

(8) Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario “La Nación” de Buenos Aires, el Presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 Decretos de Necesidad y Urgencia frente al envío de sólo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. *Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la Ley 26.122: “Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU -sólo sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional- no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna. Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional”.* Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos en que al número de decretos de necesidad y urgencia hay que sumar otra enorme cantidad de decretos delegados –en razón de la ley de emergencia económica citada– lo que confirma nuestra afirmación acerca del gobierno por decreto en nuestro país, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro estado de derecho.

(9) Véase nuestro libro «Las emergencias y el orden constitucional», en sus dos ediciones ya citadas, donde estudiamos detenidamente cómo se fue produciendo en nuestra historia institucional dicha decadencia del estado de derecho, que afectara el sistema republicano y la vigencia de los derechos individuales, mediante la utilización de emergencias permanentes. En particular, ello significó el avance del Ejecutivo junto a una declinación del Congreso, sin los suficientes controles de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Quien más estudió el fenómeno de la «anomia» fue Carlos S. Nino en su libro «Un país al margen de la ley», Emecé, Buenos Aires, 2ª. Ed., 1992. Este autor calificaba a la anomia como “boba” (por los daños que producía) y “antidemocrática” (porque se desconocía la ley que es fruto en principio de una deliberación y sanción de carácter democráticos). Por nuestra parte cuando ejercimos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizamos un trabajo interdisciplinario sobre cultura de la constitución y la legalidad, que se tituló “Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anémica”, de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Méjico, 2005, y que es parte de un proyecto regional latinoamericano, pues ya se han producido encuestas similares en Méjico y Bolivia. Allí se explica nuestro subdesarrollo cultural, político y democrático en relación a esta cuestión, sintetizada en el propio título del libro.

C. El hiperpresidencialismo

Estimamos necesaria una explicación acerca del uso de la denominación «**hiper-presidencialismo**», tanto en Argentina como en otros países de la región.

Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce incommensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. En su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional”⁽¹⁰⁾ expuso con visión interdisciplinaria en el Cap. III destinado a la “Organización del Poder” estos 3 acápite: a) “Actual organización del poder en la Argentina”⁽¹¹⁾, con énfasis en lo jurídico-constitucional, donde analizó el hiperpresidencialismo en contexto, con la presidencia hipertrofiada, el debilitamiento del Congreso, el sistema de los partidos políticos y el sistema electoral, el proceso de sumisión de la administración de justicia, la declinación relativa del federalismo y las formaciones corporativas; b) “Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su legitimidad democrática”⁽¹²⁾, con énfasis en lo filosófico, donde analizó aspectos como la dispersión de la soberanía, el deficiente procesamiento del consenso, los problemas de la mediación imperfecta y de la apatía política y el empobrecimiento del debate público y c) “Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia”⁽¹³⁾, con énfasis en lo politológico, donde analizó la estabilidad en relación a la personalización del poder, la rigidez del sistema y las válvulas de escape, los bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación de los partidos y la dificultad para formar coaliciones y luego la eficacia del hiperpresidencialismo.

Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea antes de la reforma de 1994, sostuvo: “Esta somera revisión de las facultades que los Presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del

⁽¹⁰⁾ Que lleva como subtítulo “Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional” y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

⁽¹¹⁾ *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, obr. cit., págs. 497/569.

⁽¹²⁾ *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, obr. cit., págs. 569/617.

⁽¹³⁾ *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, obr. cit., págs. 617/653.

Estado, o por un ejercicio liso y llano de de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aún en períodos de jure⁽¹⁴⁾.

En su aguda visión de este fenómeno del hiperpresidencialismo en la práctica institucional de nuestro país, Nino señaló además entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado⁽¹⁵⁾. Por eso consideraba que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa”⁽¹⁶⁾.

Pensamos que muchos de sus conceptos tienen hoy plena vigencia, y en particular señalamos que el problema del hiperpresidencialismo corporativo sigue siendo el más grave de nuestro sistema constitucional, ya que ahora, luego de la reforma de 1994, que incorporara instituciones para atenuarlo, se observa con mayor nitidez la violación de la letra y espíritu de la Ley Suprema⁽¹⁷⁾.

(14) *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, obr. cit., pág. 529.

(15) *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, obr. cit., págs. 562/566.

(16) *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, obr. cit., pág. 605.

(17) Por otra parte, la reciente presencia del matrimonio presidencial en el acto de celebración de los 20 años al frente del gremio de camioneros de Hugo Moyano nos prueba irrefutablemente la vigencia de esta democracia corporativa, que además permite la reelección indefinida en estas organizaciones. También se ha anunciado que este dirigente sindical, que es el Secretario General de la Confederación General del Trabajo, asumirá además una de las Vicepresidencias del Partido Justicialista, que será presidido a su vez por el ex Presidente Kirchner. Se suma a ello lo que acontece en el sistema económico y de la obra pública, que muestra las vinculaciones entre algunos grupos y la Presidencia, mediante la renegociación de los contratos, los subsidios, etc... Asimismo debe tenerse presente la especial relación de la Presidencia con algunos grupos piqueteros, que conforman otro grupo de presión política. Todo ello se interrelaciona y contribuye a la conformación de una presidencia hegemónica, como lo ha seña-

En relación a América Latina, por cierto que los gobiernos de facto contribuyeron a la consolidación del hiperpresidencialismo. Pero también en los gobiernos electos por el pueblo puede observarse esta deformación patológica de las instituciones. Es lo que ha ocurrido en nuestro país desde hace tiempo y que ahora se comprueba con un análisis de la realidad, como lo hemos efectuado. Y es lo que se aprecia en otros países de América Latina, como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Colombia. También incluimos en dicha enumeración a Méjico, durante el período de gobierno del PRI como partido hegemónico, hasta fines del siglo XX, pero no en la actualidad, ya que el tripartidismo existente, ha significado un notorio avance institucional y democrático para el país, con un adecuado funcionamiento de la división de los poderes y del sistema republicano y un especial fortalecimiento del Congreso.

Para nosotros resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados que se observa en las reformas constitucionales producidas en América Latina, así como la necesidad de consolidar el buen funcionamiento de los sistemas republicanos, con división y equilibrio de poderes, para el logro de sociedades abiertas y democráticas con una elevación de la cultura constitucional y de la legalidad.

III. EL FEDERALISMO ARGENTINO

Nuestro país tuvo su primer gobierno patrio en 1810 y declaró su independencia de España en 1816, pero recién en 1853 pudo sancionar su Constitución Nacional. La adopción del federalismo y de un sistema descentralizado que comprendió al régimen municipal, –incorporado a la Constitución Nacional en el art. 5– fue el resultado de las guerras civiles argentinas entre 1820 y 1853, que dieron origen a esta forma de Estado como única manera de solucionar los conflictos políticos, económicos y sociales de un país de enorme extensión territorial.

Las catorce provincias que preexistieron al Estado Federal, crearon el mismo delegándole competencias por medio de la Constitución Nacional. En este aspecto, fue un procedimiento similar al norteamericano.

Las Provincias históricas se crearon entre 1815 y 1834 (Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Mendoza, San Luis, San Juan, Santiago del Estero, La Rioja, Catamarca, Tucumán, Salta y Jujuy) y a través de pactos

lado además Natalio Botana, en diversos artículos periodísticos en el diario La Nación y en sus libros, destinados a la república y en particular, en el último titulado “Poder y hegemonía”, Emecé Editores, Buenos Aires, 2007. Véase también Alberto Bianchi, “La deuda institucional”, Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, diciembre 2007, tomo 67, Nº 2, págs. 42/55.

interprovinciales fueron sentando las bases del federalismo argentino, que fue consagrado en la Constitución Nacional en 1853⁽¹⁸⁾.

A. Etapas del federalismo normativo

Como el federalismo es un proceso en vez de un estereotipo político, según enseñaba Friedrich, podemos señalar las siguientes grandes etapas de su desarrollo normativo:

1ª. Etapa: El federalismo en la Constitución originaria de 1853

Tal como lo venimos expresando, entre 1810 y 1853 se produjo la adopción del federalismo como forma de Estado, que es así consagrado en la Constitución Nacional, sancionada en 1853.

Ello fue el resultado de cruentas luchas civiles entre unitarios y federales, en un proceso de varias décadas.

Los unitarios, fueron una minoría culta que postulaba la centralización, estaban asentados especialmente en las ciudades y en particular, en la de Buenos Aires, desde donde querían gobernar el país.

En cambio, los federales encontraban su sustento en las masas populares denominadas “montoneras” del interior del país, que estaban conducidas por los caudillos de las provincias.

La fuerza instrumentadora del federalismo fueron los pactos interprovinciales, que llegaron casi al centenar y de los cuales anteriormente hemos destacada los dos más importantes.

La Convención Constituyente de 1853 se reunió en la ciudad de Santa Fe, con la representación de trece provincias y la ausencia de la Provincia de Buenos Aires, Tal como se ha dicho, la Convención tuvo como antecedente al texto de la Constitución de Filadelfia de 1787, aunque se establecieron algunos caracteres diferenciales que habían sido postulados por Juan Bautista Alberdi, el padre de

(18) Los principales pactos fueron: a) el Acuerdo de San Nicolás, suscripto en 1852, luego del triunfo del General Urquiza sobre el General Rosas en la batalla de Caseros, por los Gobernadores de las Provincias, que estableció las bases de la organización constitucional definitiva bajo el sistema federal y b) su antecedente, el Pacto Federal de 1831, que organizó la llamada “Confederación Argentina”, que existiera entre dicha fecha y 1853 y que había establecido la idea de sancionar una constitución federal. Por eso, el Preámbulo de la Constitución hace referencia a que la Convención General Constituyente se reúne “...por voluntad y elección de las Provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes...”.

nuestro derecho público, en su libro “Bases y puntos de partida para la organización de la Confederación Argentina”.

La influencia de Alberdi significó que se consagrara en el texto constitucional originario de 1853 una federación más centralizada que la norteamericana, ya que por ejemplo, la legislación de fondo nacional (civil, comercial, penal, etc.) fue atribuida como competencia legislativa al Congreso de la Nación, como así también la revisión de las Constituciones Provinciales y el juicio político de los Gobernadores de las provincias (art. 67).

En lo demás, se estableció la misma organización que la federación norteamericana: un Estado federal que importa la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, con una distribución de competencias que otorga al gobierno federal sólo las facultades delegadas en forma expresa o implícita, mientras que a las Provincias les corresponden las facultades residuales, además de su propia autonomía en lo institucional (poder constituyente), político, financiero y administrativo (arts. 1, 5, 104, 105 y 106)⁽¹⁹⁾.

Asimismo se prescribieron facultades concurrentes para la Federación y las Provincias (art. 107).

El Senado fue establecido como órgano federal por antonomasia, con una representación igualitaria por cada Provincia (Estado), de dos Senadores, que eran designados por las respectivas Legislaturas provinciales y la misma representación por la Capital Federal (Art. 46, hoy modificado bajo el número 54).

En el texto de 1853 también se prescribió que la Capital Federal debía ser la ciudad de Buenos Aires y que el Gobierno Federal tenía la atribución de intervenir federalmente el territorio de las Provincias (arts. 3 y 6).

⁽¹⁹⁾ Nos parece conveniente transcribir estas normas de fundamental importancia para comprender nuestro federalismo. El art. 1º estableció: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente Constitución”. El art. 5º dispuso: “Cada Provincia dictara para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. El art. 104 (hoy art. 121) prescribió la norma básica en la distribución de competencias, de la siguiente manera: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. El art. 105 (hoy 122) expreso: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal” y el art. 106 ordenó: “Cada Provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º”. (Esta norma que hoy es el art. 123, sería modificada en la reforma constitucional de 1994, para garantizar la autonomía municipal).

2ª. Etapa: El federalismo en la reforma constitucional de 1860

Luego de la secesión de la provincia de Buenos Aires, producida en 1853, continuaron los problemas con la Federación Argentina, hasta que se produjo la batalla de Cepeda en 1859, donde el Gral. Urquiza como Jefe de la Confederación Argentina triunfó y como consecuencia de ello, se produjo la firma del Pacto de San José de Flores, o Pacto de Unión (11-11-1859) que significara la integración de aquella Provincia a la Federación, previa reforma de la Constitución Nacional de 1853.

Dicha reforma se produjo por un procedimiento especial, distinto al previsto en el texto de 1853, por lo que algunos constitucionalistas argentinos sostienen que se trató también del ejercicio de un poder constituyente originario, en lugar de uno derivado y por eso designan a nuestra Ley Suprema como de 1853 y 1860.

Mas allá de esta cuestión, interesa resaltar que dicha reforma produjo importantes reformas en torno a la Federación, pues modificó algunos artículos de 1853, con la intención de establecer una mayor descentralización del poder. En ese sentido, resulta evidente que a ello tendió la derogación de las normas que prescribían la revisión de las constitucionales provinciales por el Congreso de la Nación como así también la realización del juicio político de los Gobernadores Provinciales ante dicho órgano.

Asimismo, se modificó la redacción de dos importantes artículos: el art. 3 sobre la Capital Federal y el art. 6 sobre intervención federal. En el primer caso se estableció el mismo principio del art. 13, o sea el de la integridad territorial en la creación de nuevas provincias, que importó que el territorio de la Capital Federal debía determinado por una Ley del Congreso, previa cesión de los territorios respectivos por parte de la Legislatura de la o las Provincias en cuestión (art. 3). En cuanto al art. 6 sobre intervención federal, se precisó la redacción de las causales de intervención para reducir el arbitrio de las autoridades federales, indicándose la necesidad de una previa requisición por parte de las autoridades provinciales al Gobierno Federal, para el sostenimiento de las mismas en caso de sedición o de invasión de otras provincias.

Un tema muy importante como el de la propiedad federal de las rentas de aduanas, que había separado a la Provincia de Buenos Aires del resto de la Federación, ya que aquélla usufructuaba las mismas en base al cuantioso producido del puerto de la ciudad de Buenos Aires, fue resuelto en forma definitiva recién en la reforma constitucional de 1866.

En definitiva, a pesar de la trascendencia de esta reforma de 1860, los problemas entre la Provincia y el Gobierno Federal continuaron y luego de la batalla de Pavón, donde triunfara el Gral. Mitre, se produjo el primer gobierno de facto de nuestra historia y a partir de 1862 fue electo Presidente dicho jefe triunfante de

la Provincia de Buenos Aires, con lo que el liderazgo de la organización nacional fue conducido por dicha Provincia.

3ª. Etapa: Hacia un federalismo de “concertación” (desde 1950 en adelante)

En esta etapa, así designada por Pedro José Frías ⁽²⁰⁾, se comienza el tránsito de un federalismo “dual” o competitivo a un federalismo “cooperativo” o de “concertación”, pues comienzan a ejercitarse las atribuciones del art. 107 (hoy 125) del texto constitucional de 1853-1860, que dispuso: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal...”.

En efecto, los pactos provinciales que habían dejado de celebrarse en 1853, comienzan a aparecer tímidamente a partir de 1948, para luego afirmarse a fines de la década de los 50 y así continuar hasta la actualidad, con distintos objetivos y denominaciones, que posibilitaron la construcción de puentes y un túnel interprovincial, el tratamiento de los ríos interprovinciales como unidad de cuenca, la creación de comités hídricos, la creación del Consejo Federal de Inversiones y de otros Consejos Federales para diversas materias, así como para la solución de problemas y tratamiento de proyectos.

4ª. Etapa: La profundización del federalismo en la reforma constitucional de 1994:

La reforma constitucional de 1994, obra de la Convención Constituyente Federal reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná en dicho año, tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder en Argentina.

El debate sobre dicha cuestión⁽²¹⁾ –en el cual tuvimos el honor de participar

⁽²⁰⁾ “Derecho Público Provincial”, Frías y otros, Depalma, Bs. As., 1985, pág. 389.

⁽²¹⁾ Que hemos estudiado detenidamente en nuestra obra “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Buenos Aires, Depalma, 1997, a la que nos remitimos en razón de brevedad. También véase en «Derecho Constitucional», de Albanese, Dalla Via, Gargarella, Hernández y Sabsay, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, Prólogo de Giuseppe de Vergottini, los Caps. XVIII y XIX de nuestra autoría. Asimismo, para un análisis de las competencias en la federación argentina véase el libro «Federalismo y autonomía», dirigido por Enric Argullol Murgadas, Editorial Ariel, España, 2004 donde se desarrolla un estudio comparado de las instituciones y poderes en los estados compuestos. En cuanto a nuestra tarea constituyente, véase el libro «Reforma Constitucional de

en nuestro carácter de Vicepresidente de la Comisión de Redacción– abarcó tres grandes capítulos: el federalismo, la autonomía municipal –que fue consagrada indiscutiblemente en el art. 123 de la Ley Suprema– y la ciudad autónoma de Buenos Aires, a la cual se le reconoció la categoría de ciudad Estado –bajo nuestro punto de vista–, con una jerarquía institucional muy similar a la de las Provincias, según se desprende del art. 129 de la Ley Suprema vigente.

Específicamente en cuanto al federalismo, dicha reforma constitucional abarcó distintos aspectos: 1. Institucionales y políticos. 2. Financieros. 3. Económicos y sociales⁽²²⁾.

Sobre el **punto 1**, la Reforma Constitucional estableció las siguientes modificaciones:

- a) **Los cuatro ordenes de gobierno** de la federación argentina: En efecto, actualmente existen estos órdenes: Gobierno Federal (arts. 44 a 120), Gobiernos de Provincia (arts. 121 a 128), Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129) y Gobiernos Municipales (art. 123), con sus respectivas competencias y autonomías, que expresan la descentralización de poder político de nuestro país. La sociedad federal argentina esta integrada entonces por el Gobierno Federal, 23 Provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires, sede hoy de la Capital Federal. Asimismo indicamos que el Gobierno Federal no tiene relaciones directas con los gobiernos municipales, pues ellas se producen a través de los gobiernos y Estados provinciales. La reforma constitucionalizó las regiones (art. 124), previstas como reunión de provincias, pero sólo para el desarrollo económico y social y no como nuevas entidades políticas.
- b) **La distribución de competencias:** En el fundamental tema de la distribución de competencias en el Estado federal, la reforma constitucional de 1994 no modificó la regla máxima en la materia, que es el antiguo art. 104 (actual 121), que resumió el derecho histórico de los argentinos, en la expresión de Joaquín V. González.
- c) **El Senado y su rol federal.** La reforma produjo estos cambios: 1) la incorporación de un tercer senador por provincia, correspondiente al segundo partido en las elecciones, o sea a la minoría (art. 54). 2) La elección directa de

1994»-Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995.

(22) A las obras mencionadas en la nota anterior debe sumarse el libro “Derecho Público Provincial”, Antonio M. Hernández, Coordinador, publicado por Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, en especial el Cap. III de nuestra autoría.

los senadores y la reducción de los mandatos, ya que antes era indirecta y con un mandato de nueve años, que se redujo a seis (arts. 54 y 56 que modificaron los anteriores 46 y 48) y 3) La acentuación del rol federal: pues se lo instituyó como cámara de origen en el tratamiento de dos leyes fundamentales: La ley convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2) y las leyes sobre crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio y promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art. 75 inc. 19).

- d) **La intervención federal:** Hemos tenido más de 150 intervenciones de las cuales cerca de 2/3 partes fueron dispuestos por el solo Decreto del Presidente de la República y sólo el tercio restante por Ley del Congreso. En consecuencia, para evitar este ejercicio abusivo del instituto que fue una de las causas de centralización del país, la Reforma prescribió que sólo al Congreso le corresponde declarar la intervención federal de las Provincias o de la ciudad autónoma de Buenos Aires (art. 75 inc. 31) y que además puede aprobar o revocar la intervención decretada por el Presidente de la Nación durante el receso del Congreso. A su vez, el art. 99 inc. 20 estableció que si el Poder Ejecutivo decreta una intervención durante el receso del órgano legislativo, lo debe convocar simultáneamente a sesiones extraordinarias para tratar dicha medida.
- e) **Los partidos políticos y el federalismo:** Consideramos que al haberse constitucionalizado los partidos en el art. 38, con la obligación de respetar la Constitución, los mismos deben aceptar los valores y principios del federalismo no sólo en la organización estatal sino también en su propia organización y funcionamiento. Es que otra de las causas de la desfederalización del país ha sido la falta de cumplimiento adecuado de estos principios por parte de los grandes partidos políticos nacionales.

En cuanto al punto 2, sobre **Aspectos Financieros del Federalismo**, la Reforma estableció modificaciones en torno a: a) la coparticipación impositiva y b) los principios federales del presupuesto del Congreso federal o de la Nación.

Sobre **coparticipación impositiva**, el art. 75° inc. 2 dice: «Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos».

Dicha ley-convenio debe cumplir además las siguientes condiciones según la Ley Suprema: 1) El Senado es la Cámara de origen. 2) La sanción debe ser con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 3) No puede ser modificada unilateralmente. 4) Tampoco puede ser reglamentada. 5) Debe ser aprobada por las provincias. 6) La distribución entre la Nación (o Gobierno Fede-

ral), las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto. 7) Estos criterios deben ser: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es, para nosotros, una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre Nación y provincias.

Lamentablemente ya sabemos que tampoco se cumplió la disposición transitoria sexta de la reforma, que indicó como plazo para la sanción de la ley-convenio de coparticipación «antes de la finalización del año 1996», pero señalamos que este criterio será determinante para el momento de la discusión sobre la distribución primaria, pues muchos servicios han pasado a la órbita provincial e incluso a la municipal, en un proceso de descentralización que juzgamos fundamental para el futuro del país, y que, en consecuencia, requerirá un aumento del porcentaje correspondiente a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires y después al resto de los Municipios.

Por último, la reforma dispuso la creación de un **Organismo Fiscal Federal**, en el art. 75 inc. 2 que ordena: “Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición”. Así el constituyente elevó a la máxima jerarquía a un organismo existente que es la Comisión Federal de Impuestos, que había sido creado por la ley 20.221, en 1971.

Con respecto al punto b) sobre los **Principios federales del presupuesto** del Congreso Federal, esta es otra modificación de importancia dispuesta por el art. 75 inc. 8, que al señalar la atribución del Congreso de sancionar el presupuesto de la Federación, añade la siguiente fórmula: “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo”. Recordemos que dichas pautas eran las indicadas para la sanción de la ley convenio de coparticipación impositiva. O sea que este inciso contiene una política constitucional que vincula el presupuesto con temas esenciales del proyecto federal: la regionalización, la integración, la descentralización y el fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la ciudad de Buenos Aires y de las municipales.

Desafortunadamente, como lo venimos exponiendo, tampoco estas pautas han sido respetadas luego de la reforma.

En el **punto 3, sobre Aspectos Económicos y Sociales del Federalismo** ,

destacamos las siguientes reformas introducidas en 1994:

a) *El Banco Federal:*

En efecto, el inc. 6 del art. 75 prescribió que corresponde al Congreso: “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”. El sentido de la modificación constitucional aspira a la adecuación del actual Banco Central, cuya concepción y denominación es más propia de un Estado unitario, a la correspondiente a un Estado Federal, siguiendo los ejemplos de otras federaciones como la norteamericana o la alemana.

b) *Las regiones para el desarrollo económico y social:*

Tal como lo indica el art. 124 que expresa: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...”.

Esta modificación es de especial importancia y significa, en primer lugar, que la finalidad de la región debe ser la promoción del desarrollo económico y social.

En segundo lugar, la región no puede constituir un nuevo nivel de gobierno político ya que en la estructura federal argentina sólo existen cuatro órdenes gubernamentales como hemos visto.

En tercer lugar, para nosotros la región tiene una personalidad jurídica pública estatal; limitada a la promoción del desarrollo económico y social; y cuya creación depende de la voluntad de las provincias, según surge de la ley suprema reformada.

En cuarto lugar, la región es una alternativa para fortalecer el federalismo argentino⁽²³⁾, y, en consecuencia, no podría utilizarse este instrumento para centralizar el país o lesionar las autonomías provinciales y municipales⁽²⁴⁾.

c) *Las provincias y las relaciones internacionales:*

El art. 124 de la Constitución nacional, luego de referirse a la facultad de las

(23) Como lo anticipa Alberto Zarza Mensaque en su artículo “La región como alternativa federal”, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, nº 1 y 2, 1977, Córdoba.

(24) Para un estudio más detallado de estas cuestiones, además de señalar la obra ya citada «Federalismo,...», indicamos también otro libro nuestro: “Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios”, Depalma, Buenos Aires, 2000, donde planteamos las modificaciones que urge concretar de conformidad a la reforma constitucional producida y en el marco de la integración tanto nacional como supranacional correspondiente al mundo globalizado en que estamos insertos.

provincias de crear regiones, expresa: «. . . y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto».

La imperiosa necesidad de la integración supranacional –como camino impuesto por la globalización, la interdependencia y la aguda competencia económica mundial–, originó el desarrollo de subregiones fronterizas binacionales, donde intervinieron algunas provincias argentinas.

En efecto, en el marco del Mercosur y como consecuencia de los Protocolos de Integración Subregional Fronteriza, se crearon Crecenea y Codesul, o sea la reunión de Provincias argentinas y Estados del Sur del Brasil con el objetivo de promover el comercio exterior y la integración. Asimismo hubo otras experiencias regionales de integración, como la del Noa (Noroeste argentino)-Norte Grande chileno y de infraestructura, como el ferrocarril Zapala-Lonquimay –entre la provincia de Neuquén y la región chilena respectiva–, etc. También antes de la reforma de 1994, se venía desarrollando otra importante experiencia por parte de algunas provincias argentinas en torno de las gestiones internacionales: la promoción del comercio exterior.

En cuanto al alcance y límites de los convenios, debemos concluir en que el constituyente distinguió los convenios de los tratados, en razón de su alcance mas limitado⁽²⁵⁾.

d) Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales

La Constitución nacional reformada, en el último párrafo del art. 124, expresa: «Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio».

Como se comprende, este dominio alcanza al mar, a los hidrocarburos, a la

(25) En este sentido, Néstor Pedro Sagüés (“Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994”, La ley, 11-3-1994) ha sostenido que “los convenios provincial-internacionales no deben exceder en su contenido las competencias provinciales (razón por la que solamente pueden operar en los temas propios de las provincias o en los que poseen facultades concurrentes con la Nación) y además tienen que respetar el derecho federal (constitucional e infraconstitucional) existente, previo y posterior al convenio provincial-internacional”.

En cuanto a los límites de los convenios la Constitución menciona expresamente en su texto los mismos, no deteniéndonos en su análisis en razón de brevedad, pero remitiéndonos para ello a nuestra obra citada sobre “Federalismo,…”.

energía, a la pesca, etc. En consecuencia, ello supone la modificación de la legislación respectiva por parte del Congreso de la Nación.

Asimismo consideramos que para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo sustentable, se abre un campo amplísimo para el federalismo de concertación, mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales. Esta modernización institucional será el requisito indispensable para afrontar el gran desafío que supone transformarnos en un país desarrollado, integrado y equilibrado.

No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad –que muchas veces padecemos– de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos.

e) Organismos de seguridad social. y otras facultades concurrentes

La reforma constitucional de 1994, en el art. 125, agregó el siguiente párrafo al anterior art. 107: «Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura».

f) Principios federales en educación, ciencia y cultura

Además del art. 125 que menciona estas materias como concurrentes, el art. 75, sobre atribuciones del Congreso, expresa en su inc. 19, tercera cláusula: «Sanctionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; [. . .]», y en su cuarta cláusula: «Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales».

En consecuencia, el Congreso, al dictar leyes reglamentarias, debería cumplir escrupulosamente con estos principios federales en la educación y la cultura, que son esenciales para la argentinidad y para nuestra realidad una y diversa. Asimismo, en el proceso de descentralización de funciones y servicios que se está operando en el país, las responsabilidades locales serán cada vez mayores, particularmente en la educación. Pero lo propio también ocurrirá en conocimiento y en ciencia y tecnología –más allá de sus vinculaciones con la educa-

ción-, puesto que la integración, la competitividad y las reglas del orden económico mundial así lo requerirán.

B. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional

A lo largo de la historia argentina hemos padecido un profundo proceso de centralización, que ha producido una **notoria discordancia entre la constitución normativa y la realidad vigente**. Ello obliga a la consideración del federalismo en su faz sociológica o realista, que apunta a la observación de la real vigencia de las normas constitucionales.

Al **incumplimiento del proyecto federal de la Constitución** han concurrido una multiplicidad de razones, que Frías ha sintetizado en:

- a) el avance del gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias (como en materia tributaria o de las intervenciones federales), b) el desarrollo de las virtualidades centralizadoras de la propia Constitución (como por las facultades legislativas del Congreso o la cláusula comercial) y c) la infraestructura de concentración socioeconómica en el área metropolitana de Buenos Aires en desmedro del interior y del equilibrio del país⁽²⁶⁾.

Sobre las violaciones a la Ley Suprema, reiteramos los siguientes conceptos contenidos en un artículo que tituláramos **“El fracaso del proyecto centralista”**⁽²⁷⁾: “Los recientes informes de fines del año 2002 sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas y del Instituto de Investigaciones de la Bolsa de Comercio de Córdoba han coincidido en su diagnóstico sobre los graves problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país. Baste observar para ello los índices de desarrollo humano contenidos en el primero de los Informes, que en el caso de Formosa como punto más bajo alcanzan a 0,156 y que en el caso de la ciudad de Buenos Aires como punto más alto, llegan a 0,867, o sea casi 6 veces más, como demostración de las diferencias en relación al territorio.

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron

(26) “Derecho Publico Provincial”, Frías y otros, Depalma, Bs. As., 1985, pág. 389.

(27) Publicado en el diario “La Nación”, de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 8 de enero de 2003.

entre otros Alberdi en sus “Bases” al oponerse a la capitalización de Buenos Aires, Sarmiento en “Argirópolis” y Alem en su famosa profecía del 80 en el debate sobre la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath” y más recientemente Félix Luna en su libro “Buenos Aires y el país”, sostuvo que éste es un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.

El proceso de centralización del país en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35% de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80% de la producción argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 km. a partir de dicha área.

Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder.

Pero también pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el Gobierno llamado Federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales.

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma Constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder...”.

Observamos que **en tiempos recientes se ha profundizado el proyecto centralista**, que afecta los principios federales, como se observa en los siguientes temas:

1. La Ley convenio de coparticipación impositiva

En primer lugar, señalamos el intento de aprobación por parte del Poder Ejecutivo de la Nación durante el año 2004 de un “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, que según su art. 1º se conformaría por: 1. Un nuevo régimen de Coparticipación Fede-

ral. 2. La adopción de principios de Responsabilidad Fiscal y 3. Un Consejo de Coordinación Fiscal y Financiero.

En cuanto a la coparticipación se prescribía en el art. 2º un nuevo régimen a partir del 1º de enero de 2005 que constará de un régimen general y de dos regímenes especiales, según el art. 10º del convenio. Luego la norma establecía en cuanto a las asignaciones específicas que se creará la destinada al Fondo de Equidad Social, prevista en los arts. 6º y 7º y que se mantendrán las que figuran en el Anexo 1 del Acuerdo.

Sobre dicho Fondo, el art. 6º previó su formación en base a lo proveniente del incremento de la recaudación de impuestos de la masa coparticipable, con un límite anual de 2.400 millones de pesos y el art. 7º indicó que el mismo tendría como destino disminuir las asimetrías económicas y sociales de las provincias del noroeste y noreste por una parte y por la otra, morigerar la deuda social respecto a la población que habita los grandes aglomerados urbanos. Este artículo finalmente ordenó que estos recursos fueran administrados a través de un Comité integrado por los Ministerios de Economía y Producción, Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Desarrollo Social de la Nación y por aquellas Provincias que representen a las distintas zonas geográficas del país y coordinado por la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En cuanto a la distribución primaria de la masa coparticipable, el art. 4º dispuso que sería la correspondiente a este año 2004, de acuerdo a la legislación vigente y mediante aplicación de los respectivos coeficientes. Por otra parte, el Gobierno Federal debía ceder de su participación en la distribución primaria del 2004 la parte correspondiente a la Provincia de Tierra del Fuego y para el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se incluiría en la participación del Gobierno Nacional en la distribución primaria.

Por el art. 5º se mantenía el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias, integrado por el 1% de la parte correspondiente al Gobierno Federal y destinado a atender situaciones de emergencia y/o desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales, según asignación del Ministerio del Interior.

Respecto a la distribución secundaria, también se prescribía por el art. 8º del Acuerdo que se debía alcanzar el nivel de transferencias efectuadas durante el año 2004, en base a los coeficientes de la ley 23.548, con las modificaciones operadas posteriormente.

Asimismo se ordenaba que una vez superado dicho límite, los excedentes se distribuirían en 90% según los coeficientes de la ley precedentemente fijada con algunas modificaciones y el 10% conforme a coeficientes que tengan en cuenta indicadores de eficiencia.

Finalmente, en relación a la coparticipación, el art. 17° hacía referencia al Consejo Federal de Coordinación Fiscal y Financiero, en cuyo ámbito funcionará el Organismo Fiscal Federal, “en el marco de lo establecido por el inc. 2 del art. 75 de la Constitución Nacional”.

Los otros artículos se referían principalmente al tema de la Responsabilidad Fiscal y por tanto exceden este análisis, aunque también para nosotros incurrieron en inconstitucionalidad por no respetar adecuadamente las autonomías provinciales.

De la comparación de este Acuerdo con la Constitución Nacional en esta materia, surge de manera evidente que el mismo **no se adecuaba a las precisas bases establecidas por la Ley Suprema**. En primer lugar, porque no era una ley convenio. Y en segundo lugar, porque no estaban fijados específicamente los criterios objetivos de reparto señalados en las bases constitucionales de la coparticipación. Por otra parte, esta iniciativa sólo buscaba consolidar la situación actual, que beneficia al Gobierno Federal en perjuicio de las Provincias y Municipios, al mantenerse prácticamente los mismos criterios en cuanto a la masa coparticipable, distribución primaria y secundaria y asignaciones específicas vigentes al 2004.

En este último aspecto debemos destacar que la modificación del sistema de la ley 23.548, sancionada en 1988 en la Presidencia de Alfonsín, fue comenzado durante el gobierno del Presidente Menem y su Ministro Cavallo, –a través de decretos de necesidad y urgencia en no pocas oportunidades– y con los Pactos Fiscales, con el objetivo de disminuir el porcentaje que se había reconocido a las Provincias, lo que fue continuado por los sucesivos gobiernos nacionales. Es más, en esta materia se ha venido aplicando la misma política centralista y en la negociación con las Provincias han seguido interviniendo casi los mismos funcionarios del Ministerio de Economía desde aquella época de comienzos de la década de los 90 hasta la actualidad. La prueba concluyente de ello es que este Acuerdo, además pretendía introducir un nuevo Fondo para aumentar la discrecionalidad política del gobierno central.

Por ello consideramos acertada la actitud de los Gobernadores de Córdoba, Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Neuquén y La Pampa, que formularon serias objeciones al proyecto de Acuerdo del Gobierno Nacional.

Este rechazo al Acuerdo sin embargo no impidió la continuidad del inconstitucional e injusto esquema actual, ya que se ha detenido el propósito de sancionar un nuevo régimen de coparticipación acorde a los principios constitucionales.

En consecuencia, **actualmente se ha exacerbado el avance centralista** del gobierno “federal” sobre los recursos tributarios de las provincias y municipios, acentuándose la dependencia económica, política y social de estos órdenes gubernamentales.

En efecto, a las detracciones efectuadas a la distribución primaria mediante el expediente de las asignaciones específicas, que comenzara en el gobierno del Dr. Menem⁽²⁸⁾, se ha sumado el impuesto al cheque y especialmente, las retenciones a las exportaciones de soja, maíz y trigo. De tal manera que la garantía fijada para las provincias por el art. 7 de la Ley 23.548, de la percepción de 34% como mínimo de la recaudación tributaria nacional, incluyendo tanto los impuestos coparticipables como los que no lo son, también ha sido violada, con enormes perjuicios para los otros órdenes gubernamentales⁽²⁹⁾.

Es muy penoso advertir la inexistencia de reacción alguna por parte de las Provincias frente a tan graves circunstancias⁽³⁰⁾.

Como se comprenderá, es absolutamente impostergable sancionar la ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo.

Para salir del “laberinto” actual de la coparticipación debemos seguir nuestro hilo de Ariadna que no es otra cosa que respetar los mandatos de la Ley Suprema. Hay que fijar una masa coparticipable que no sea disminuida por la elevada cantidad de asignaciones específicas hoy vigentes, que deberán ser derogadas en su mayoría o en totalidad. Luego hay que fijar la distribución primaria y secundaria en base a los criterios constitucionales. En este sentido, resulta decisivo poner el énfasis en las modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

(28) Y que hemos descripto en nuestro libro “Federalismo, autonomía municipal...” ya citado, en el Cap. II, al analizar el tema de la coparticipación impositiva, con una estimación de los enormes montos detraídos a las provincias y por consiguiente a los municipios.

(29) El economista Dr. Salvador Treber, en un artículo periodístico titulado “Supina ignorancia o mala fe?” publicado en La Voz del Interior, de Córdoba, del 7 de marzo de 2008, indica que a las provincias les hubiera correspondido durante el período 2003-2006 28.000 millones de pesos más. Y con respecto a este año en curso, la consultora Economía & Regiones ha sostenido que las provincias sacrificarán 5.500 millones de pesos más a favor de la Nación, ya que aunque reciban mayor cantidad de fondos por transferencias automáticas, su participación en el reparto de los tributos nacionales caerá al 31,5%, el nivel más bajo desde 2003 (Informe publicado en Nueva Rioja digital, La Rioja, Argentina, 1 de febrero de 2008). El director de dicha consultora, Rogelio Frigerio (n) ha señalado que el superávit fiscal del gobierno central ha continuado por el aumento de las retenciones a las exportaciones, mientras que el déficit financiero de algunas provincias seguirá creciendo, encabezado por Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(30) Como lo explica el Dr. Treber en el artículo antes citado, que señala la dependencia de las Provincias de otros envíos discrecionales que puede efectuar el Gobierno Nacional.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la ciudad de Buenos Aires –que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios–, hará relativamente más sencilla la discusión posterior sobre la distribución secundaria donde se advierten las disputas entre las provincias más grandes y desarrolladas y las más pequeñas y atrasadas. En este aspecto, lo que he denominado el triunfo del proyecto centralista ha dado como resultado un país de enormes diferencias y desequilibrios, según los índices de desarrollo humano, de producto bruto o de ingreso per cápita, que es menester modificar. Los criterios de solidaridad exigidos por la Constitución deben respetarse, como lo hacen otras federaciones como la canadiense, la australiana o la alemana, que son notables ejemplos para considerar.

Debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas⁽³¹⁾. Para ello es imprescindible el ejercicio de una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, fortalezca relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país conforme al proyecto federal de la Ley Suprema.

2. El destino del gasto público federal

Consideramos que no se viene dando cumplimiento al inc. 8 del art. 75 que establece que el presupuesto general de gastos de la Nación debe fijarse anualmente “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo”, o sea las referidas a la ley de coparticipación impositiva, en cuanto a objetividad, equidad y solidaridad. En consecuencia, no se modifica la situación actual de asfixiante centralización que impide un desarrollo armónico del país⁽³²⁾.

3. La insuficiencia del avance del proceso de integración regional

Estimamos que aunque el mapa regional se encuentra casi formalizado con las regiones ya constituidas del gran Norte Argentino, Patagonia, Nuevo Cuyo y Centro, –faltando sólo la integración de la Provincia de Buenos Aires y de la ciudad Autónoma–, no se aprecia un avance de dicho proceso. Las graves situaciones institucionales, económicas y sociales atravesadas sumadas a la ausencia

⁽³¹⁾ Para contribuir a este demorado y fundamental debate, el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, en fecha próxima editará un libro sobre “Aspectos económicos y financieros del federalismo argentino”, con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas.

⁽³²⁾ Véase el artículo: “Sin respeto por el federalismo”, que publicáramos en el diario “La Nación” de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 18 de diciembre de 2006.

de una política arquitectónica seguramente han influido en ello. Sólo se advierte últimamente una cierta actividad destacable en la Región Centro. Urge la modificación del ordenamiento territorial con proyectos estratégicos como los corredores bioceánico, que implican la realización de importantes obras de infraestructura como la terminación de la autopista Córdoba-Rosario y la consolidación de los pasos de la Cordillera de los Andes, de conformidad al acuerdo celebrado por el Mercosur con Chile.

4. El no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo

En este sentido mencionamos lo vinculado a la falta de creación del Banco Federal, al mantenimiento de la legislación centralizante que no se adecua al principio de la propiedad de los recursos naturales por parte de las provincias y al insuficiente ejercicio de las nuevas competencias en materia de convenios internacionales que faciliten la integración supranacional, con la participación de provincias y municipios.

5. Las leyes de Financiamiento Educativo y Nacional de Educación

Estas leyes sancionadas por el Congreso, también han significado otra lesión al federalismo, ya que por la primera se dispone por parte del Gobierno Federal de los fondos de coparticipación que corresponden a las Provincias. Y en cuanto a la nueva Ley Nacional de Educación, también la reputamos inconstitucional ya que no respeta las pautas federales de la organización de la educación. No es casualidad que en vez de Ley Federal de Educación, ahora la norma se titule Ley Nacional, lo que ya indica la centralización operada en la materia.

6. La falta de autonomía “plena” para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tampoco puede faltar en este somero análisis de los problemas de nuestro federalismo, lo acontecido con el art. 129 de la Constitución Nacional, que reconociera la autonomía plena para la Ciudad de Buenos Aires, en uno de los avances más ostensibles de la reforma constitucional de 1994. Sabido es que el Congreso de la Nación sancionó las leyes 24.588 y 24.620, que violaron la letra y espíritu de la citada norma suprema, restringiendo la autonomía de la Ciudad, al impedirse una policía y administración de justicia plenas. Recientemente hemos comentado

(33) En el artículo titulado “La Ciudad de Buenos Aires y su autonomía plena”, publicado en el diario “La Nación” de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 25 de mayo de 2007.

esta situación⁽³³⁾, que afecta particularmente a nuestra forma de estado y a las provincias argentinas, ya que siguen contribuyendo al tesoro nacional que se hace cargo del servicio de policía y de la justicia nacional (civil, penal, comercial y laboral) de la ciudad más rica del país.

Para nosotros emerge con claridad el incumplimiento de la Constitución en cuanto a nuestra forma federal de estado, de la misma manera que lo demostramos en relación a nuestra forma de gobierno republicana, y en particular, por el fenómeno del hiperpresidencialismo. La decadencia de nuestro estado de derecho comporta la violación de los principios de la república federal.

IV. LA INTERACCIÓN ENTRE FEDERALISMO E INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS⁽³⁴⁾

Hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder. Bajo nuestro punto de vista, en ello reside la base de la interacción entre ambos términos.

El sistema republicano tiene entre sus caracteres el reconocimiento de la libertad y la igualdad de los hombres y la división horizontal de los poderes, como lo sostuvieron Locke y Montesquieu.

El federalismo como una forma de descentralización del poder sólo se concibe en un régimen político democrático, que acerca el poder a los ciudadanos y además, como lo señaló Loewenstein, es una forma de control vertical del poder en el Estado.

Para nosotros, la fortaleza de nuestras instituciones republicanas y federales reside en el buen diseño efectuado en las Constituciones Nacional y Provinciales.

Un correcto funcionamiento del sistema de acuerdo a la normativa suprema significa la efectiva vigencia de los derechos humanos y el mejoramiento del proceso federal y democrático.

En efecto, vigorosas autonomías provinciales y municipales presuponen una participación activa de los ciudadanos para tener buenos gobiernos y además conllevan una limitación al poder del gobierno nacional.

⁽³⁴⁾ Para un análisis más amplio de esta temática, nos remitimos al Capítulo “Republic of Argentina”, de nuestra autoría, en la obra “A global dialogue on Federalism”, Volume 3, “Legislative, executive and judicial governance in federal countries”, edited by Katy Le Roy and Cheryl Saunders, publicado por el Forum of Federations y la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales a través de McGill-Queen’s University Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2006, págs. 8/36.

Nuestras debilidades residen en el inadecuado funcionamiento del sistema constitucional y por tanto, de las instituciones republicanas y federales.

El problema central es la falta de división y equilibrio de los poderes tanto en el orden federal como en el provincial. En consecuencia, son el Presidente y los Gobernadores los reales detentadores del poder político. Pero a ello se agrega el predominio del Presidente y del gobierno nacional sobre los Gobernadores y las Provincias, que producen una centralización del poder, alejada de los principios constitucionales.

Observando el funcionamiento del Congreso Federal, se advierte que por el peso demográfico en la Cámara de Diputados de los cinco distritos más poblados como Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Mendoza, pueden volcar una decisión a su favor, pero ello puede modificarse en el Senado, como en el caso norteamericano, pues todas Provincias tienen igual representación.

No obstante ello, podemos señalar que en ambas Cámaras no ha existido una adecuada defensa de los principios federales y de los intereses regionales y provinciales, ya que han primado las políticas fijadas por los Presidentes y los partidos políticos nacionales, que en no pocas oportunidades han tendido a la centralización del poder.

Esto es muy grave en particular para el Senado, que es un órgano federal por antonomasia. No obstante que la reforma de 1994 introdujo importantes cambios en el mismo en su forma de elección, integración, término de mandato y competencias, todavía no se observó un adecuado cumplimiento de dicho rol federal y de defensa de las autonomías provinciales. Tal como lo dijimos anteriormente, la cuestión se vincula a nuestro sistema político, donde las decisiones políticas se toman principalmente por el Presidente con el apoyo de los Gobernadores provinciales, que influyen en los respectivos Diputados y Senadores de la Nación.

Un ejemplo notorio es el tratamiento de los temas de coparticipación impositiva y de responsabilidad fiscal de las provincias, –de especial importancia para nuestro federalismo– ya que en lugar de un debate amplio, transparente y participativo sólo se advierten negociaciones entre el Presidente y cada uno de los Gobernadores, con un resultado que afecta las autonomías provinciales, los principios constitucionales y el papel del Congreso y del Senado en particular.

Los Gobernadores en general responden a las directivas políticas del Presidente en detrimento de los intereses y poderes provinciales.

A lo largo del tiempo se ha consolidado el hiperpresidencialismo que ha su-

bordinado tanto al Congreso como a las Provincias, que presentan un alto grado de dependencia política y económica.

Actualmente, y por los aspectos señalados en la coparticipación impositiva, es notoria la hegemonía presidencial, en violación de la república federal.

V. CONCLUSIONES

En Argentina –como en general en América Latina– existe una gran distancia entre norma y realidad, pues a lo largo de la historia hemos tenido problemas con la vigencia de la Constitución y de la ley.

La decadencia del Estado de Derecho afectó especialmente el funcionamiento de nuestro sistema republicano de gobierno y el federalismo.

Por ello sostenemos que la anomia es una de las expresiones de nuestro subdesarrollo cultural, político y jurídico que necesitamos modificar.

La Constitución Nacional estableció una forma federal de estado, pero ello no impidió un proceso de centralización del país en torno al área metropolitana de Buenos Aires y a un predominio del gobierno nacional

Con el restablecimiento de la democracia a partir de 1983 avanzó el ejercicio de las autonomías provinciales y municipales y se modernizó el derecho público a través de las reformas de las constituciones provinciales, de la sanción de cartas orgánicas municipales y finalmente de la reforma de la Constitución Nacional. Allí está la mayor fortaleza del proceso federal argentino.

En particular la reforma constitucional de 1994 acentuó la descentralización del poder al profundizar los principios federales, reconocer la autonomía municipal y otorgar un status especial a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, están sentadas las bases para impulsar el desarrollo de nuevos roles de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración tanto nacional como supranacional, en el contexto del mundo globalizado en el que estamos insertos.

Las debilidades residen en nuestra falta de calidad institucional ya que no cumplimos el proyecto federal de la Constitución. No podemos superar la ostensible dependencia económica, financiera, política y social de las provincias con respecto al gobierno federal. No existe interés alguno en comenzar a debatir proyectos como el de la coparticipación impositiva, ya que la arbitrariedad actual, que importa un gigantesco desapoderamiento de recursos provinciales y municipales por parte del gobierno “federal”, es la base de su poderío político para sujetar y alinear a los gobernadores e intendentes, sean o no del partido del gobierno.

En definitiva, los problemas de la coyuntura política nos impiden la consideración de un problema tan delicado como el de nuestro sistema republicano y federal y en particular, el de las modificaciones que hay que producir para cumplir el gran proyecto federal de la reforma constitucional de 1994⁽³⁵⁾.

Para finalizar este trabajo, expreso que razones de extensión del mismo, me impiden efectuar consideraciones sobre Presidencialismo y Federalismo en otros países, para lo cual remito al libro publicado por el Forum of Federations de Canadá y la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales referido en la nota 34, donde se analiza comparativamente el federalismo con sistemas de gobierno presidencialistas como Argentina, Estados Unidos, Nigeria y Rusia⁽³⁶⁾.

(35) En el debate de la Mesa Redonda realizada en Córdoba, que coordinara en el marco del proyecto referido en la nota anterior sobre Diálogo Global sobre Federalismo, al que asistieron legisladores, jueces y profesores de derecho público, acordamos las siguientes conclusiones:

- Es necesario mejorar nuestra calidad institucional mediante el cumplimiento de los principios de nuestro sistema republicano y federal, establecidos en la Constitución Nacional.
- Debe promoverse un nuevo ordenamiento territorial del país que modifique la enorme concentración de poder político, económico, demográfico y cultural en el área metropolitana de Buenos Aires.
- Es necesario fortalecer el rol federal del Senado de la Nación.
- Es necesario reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante del federalismo.
- Es necesario fortalecer el federalismo de concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales.
- Es necesaria una planificación interjurisdiccional y federal para el desarrollo del país.
- Deben fortalecerse las autonomías provinciales y municipales.
- Debe promoverse el funcionamiento de las regiones para el desarrollo económico y social.
- Debe promoverse el afianzamiento de los principios federales en la doctrina y organización de los partidos políticos.
- Debe promoverse el nuevo rol de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional.
- En el futuro debe debatirse el traslado de la Capital Federal cuya sede es la ciudad de Buenos Aires.

(36) Véase el capítulo “Legislative, Executive and Judicial Institutions: A synthesis” de Cheryl Saunders, en “A Global Dialogue on Federalism”, obr. cit., págs. 344/384. Asimismo se compara a los mismos con otros federalismos con gobiernos parlamentarios como Australia, Austria, Canadá, Alemania, India, Sudáfrica y Suiza. Por: José Ma. Serna de la Garza.

SISTEMA PRESIDENCIAL Y FEDERALISMO ⁽¹⁾

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
(México)

SUMARIO: **I.** Descentralización e Integración en los sistemas federales. **II.** El principio de colaboración. 1. España. 2. Alemania. 3. EUA. 4. Suiza. 5. Bélgica. 6. Austria. **III.** El esquema de las relaciones inter-gubernamentales en México. **IV.** Conclusiones.

I. DESCENTRALIZACIÓN E INTEGRACIÓN EN LOS SISTEMAS FEDERALES

Por definición, en los sistemas federales existe una pluralidad de ordenamientos normativos. Esta situación crea la posibilidad de disparidades horizontales entre los distintos ordenamientos, ya que en la elaboración de sus respectivas normas, cada unidad territorial del sistema federal ha de tomar en cuenta sus propias tradiciones, circunstancias y necesidades. Como éstas no necesariamente han de coincidir, es natural que surjan disparidades en el tratamiento normativo que las entidades dan a las mismas materias. El grado de diversidad podrá identificarse al hacer una comparación de las distintas normas, materia por materia, de las que corresponden constitucionalmente a la entidades federadas. A fin de cuentas, la autonomía de las entidades componentes del sistema federal significa una garantía de la diversidad, dentro de una organización política más amplia.

Sin embargo, el federalismo no solamente es garantía de diversidad, sino que también lo es de la unidad de las partes en un todo. Como se ha dicho ya tantas veces, en el federalismo conviven la necesidad de conservar identidades diversas, con la necesidad de integrar un todo unificado⁽²⁾. De esta manera, así como han de

⁽¹⁾ En parte, este texto ha sido elaborado con base en extractos de mi libro titulado *El Sistema Federal Mexicano, Un Análisis Jurídico*, UNAM, México, 2008.

⁽²⁾ García Pelayo, *op. cit.*, pp. 215-220.

existir materias en relación con las cuales los Estados miembro podrán decidir de manera autónoma el tratamiento normativo que habrán de darles, de igual modo habrá otras materias respecto de las cuales convendrá desarrollar políticas comunes u homogéneas, o bien tendrán que unir fuerzas, juntar recursos y voluntades, para enfrentar problemas que rebasan la capacidad de cada uno de los entes en particular. Desde el punto de vista del derecho, estas circunstancias han llevado al desarrollo de técnicas de integración jurídica.

Como bien lo han señalado Cappelletti, Seccombe y Weiler, el concepto de integración “ha sido usado de manera ambigua en la literatura jurídica, para comprender todo un espectro de actividades que incluyen desde la mera coordinación de la actividad legislativa entre los distintos niveles de gobierno, hasta la unificación total o la fusión de los distintos sistemas legales en un sistema unitario único. En opinión de estos autores, al término, integración” atañe la cuestión relativa a la manera en que varios elementos independientes se unen e interrelacionan para formar un todo identificable⁽³⁾.

Si de lo que se trata es de hablar de integración legal conservando el sistema federal y el régimen democrático, entonces la tarea consistirá en desarrollar los compromisos necesarios para asegurar el equilibrio deseado, reconciliando los distintos intereses en el proceso mismo de integración de los diversos sistemas legales⁽⁴⁾.

En cualquier circunstancia, hablar de integración en un sistema federal implica hacer referencia a técnicas jurídicas y prácticas que pueden identificarse como componentes del principio general de colaboración, concepto que se analizará a continuación.

II. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

En este apartado haremos referencia a la existencia de diversos principios, reglas y mecanismos previstos por las constituciones de los Estados federales, empleados como instrumentos para lograr cierta integración, y que pueden encuadrarse en el concepto de *colaboración*.

Como sugiere Sánchez Morón, la cohesión de todo Estado como unidad política, depende de factores sociales, culturales y económicos, pero también

(3) Cappelletti, Mauro, Monica Seccombe y Joseph Weiler, Integration through law: Europe and the American Federal experience, A general Introduction“ in *Idem* (coords.), *Integration through Law*, vol. 1, libro 1, Walter de Gruyter, Berlin y New York, 1986, p. 12. Ver también, en el mismo trabajo colectivo, Jacobs, Francis y Kenneth L. Karst, “The Federal legal order: The USA and Europe compared, A juridical perspective”, p. 169.

(4) *Ibid.*, p. 13.

institucionales. Por “cohesión institucional” entiende este autor el “conjunto de reglas, valores, principios y actitudes de las distintas instituciones públicas y de los diferentes niveles de gobierno y administración, relativas a sus relaciones recíprocas, que permitan un regular y ordenado funcionamiento de todos ellos para la consecución de los fines que constitucionalmente les están atribuidos⁽⁵⁾. Como es fácil imaginar, este reto es aún mayor para los Estados compuestos o descentralizados, de ahí la gran importancia de un sistema de relaciones jurídicas organizativas entre todos los niveles de gobierno, que los articule⁽⁶⁾.

Es por esta razón que la tendencia general en los Estados compuestos, y en particular la de los Estados federales, sea la de transitar de esquemas dualistas de distribución rígida de competencias entre federación y estados, a esquemas de colaboración, coordinación y cooperación⁽⁷⁾. Sin embargo, este tránsito plantea un reto adicional, en virtud de que eleva el grado de complejidad del sistema de relaciones intergubernamentales, lo cual obliga a establecer un diseño institucional más intrincado y diverso, a efecto de que la cohesión de todo el aparato público quede asegurada.

Ahora bien, el derecho comparado sugiere de manera clara que el eje que permite asegurar la cohesión en los Estados compuestos, con sistemas de relaciones intergubernamentales crecientemente complejos, es el principio de colaboración.

En efecto, en los Estados compuestos más sofisticados existentes en la actualidad, es posible encontrar junto al esencial principio de autonomía⁽⁸⁾, otro principio que en lugar de dar pie a la descentralización, persigue la integración. Dicho principio es el de colaboración, que en los distintos Estados recibe nombres diferentes, como se verá a continuación⁽⁹⁾.

(5) Sánchez Morón, Miguel, “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa*, 230-231, abril-septiembre 1992, p. 13.

(6) *Ibid.*, p. 14.

(7) Según Sánchez Morón, hoy día es evidente “que la separación de competencias en que todo régimen de descentralización se funda no se puede asentar en la atribución a cada instancia de poder de toda la responsabilidad sobre bloques enteros de materias, constituidos en compartimientos estancos perfectamente delimitados” ...“Por el contrario, es mucho más frecuente la tangencialidad, la compartición, la concurrencia o el entrecruzamiento de las competencias.” *Ibid.*, p. 15.

(8) Aquí, como en otros capítulos de este libro, utilizamos el término de “Estado compuesto” para referirnos a las distintas versiones de formas de organización estatal descentralizadas, como lo puede ser el Estado federal, el Estado regional, o el Estado de las autonomías.

(9) En Alemania, le llaman *Bundestreue* (o principio de fidelidad federal) y en los EUA se le conoce con el nombre de “federal comity”.

1. España

En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha determinado que existe un deber general de colaboración “que no es menester justificar en preceptos concretos” que se encuentra “implícito en la propia forma de organización territorial del Estado que implanta la Constitución”⁽¹⁰⁾.

De manera por demás interesante, la doctrina española ha identificado diversos contenidos en el principio general de colaboración. Por ejemplo, Menéndez Rexach ha afirmado que el deber general de colaboración se concreta en otros más específicos, a saber: a. El respeto de las competencias ajenas; b. Ponderación de la totalidad de los intereses públicos implicados; c. Deber de Información; d. Deber de Cooperación y asistencia activas⁽¹¹⁾. Los dos primeros significan una dimensión negativa, y los segundos una dimensión positiva del deber general de colaboración. Asimismo, indica Menéndez que dichos deberes específicos se concretan en técnicas aún más específicas, como la comunicación de actos dictados y acuerdos suscritos con otras entidades, emisión de informes, exhibición de expedientes, creación de órganos comunes, cooperación económica, técnica y administrativa, entre otros; y en la atribución de competencias de cooperación a favor de determinadas entidades⁽¹²⁾.

2. Alemania

Por su parte, en la República Federal Alemana el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido un principio constitucional no escrito denominado *Bundestreue* (fidelidad o lealtad federal), el cual significa que los *Länder* y la Federación tienen la obligación constitucional de cooperar en el fortalecimiento del régimen constitucional de alianza que les vincula, así como en la custodia de los intereses legítimos de la Federación y de los Estados⁽¹³⁾.

A mayor abundamiento, el contenido del principio de *Bundestreue* implica que tanto Federación como los Estados deben adoptar un comportamiento leal en sus relaciones, y que se tengan en consideración en sus actuaciones, de manera tal que el ejercicio de sus competencias esté determinado por la mutua deferencia. Al

(10) STC 12/1982 de 4 de mayo, FJ 14.

(11) Menéndez Rexach, Angel, “La cooperación, ¿un concepto jurídico?”, *Documentación Administrativa*, no. 240, octubre-diciembre 1994, p. 25.

(12) *Ibid.*, p. 29.

(13) Montoro Chiner, María Jesús, *Convenios entre federación y estados miembros en la República Federal Alemana*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 31.

decir de Montoro, desde el punto de vista de la dogmática jurídica el principio deriva de la prohibición genérica del abuso y arbitrariedad, y de la idea fundamental de la buena fe. Todo esto significa, como consecuencia lógica, que el tipo de comportamiento que el principio de *Bundestreue* exige, impone limitaciones a la conducta tanto de la Federación como de los Estados alemanes⁽¹⁴⁾.

3. EUA

En los EUA, la doctrina constitucional y la jurisprudencia han construido el concepto de “comity” como un principio que debe regir las relaciones entre los distintos componentes de la Unión⁽¹⁵⁾. Dicho principio se ha derivado a partir de varias disposiciones de la constitución de dicho país. Por ejemplo, el artículo IV establece como un objetivo a alcanzar, el que “se fusionen en una Nación un grupo de estados independientes y soberanos”. Asimismo, el principio se ha derivado de la cláusula de entera fe y crédito, por el que los estados deben reconocer las leyes, registros y procedimientos judiciales de los demás estados (Artículo IV, Sección 1 de la Constitución de los EUA). Incluso esta cláusula da al congreso federal la facultad de expedir leyes que promuevan “comity” en estos aspectos entre los estados⁽¹⁶⁾. Por su parte, la cláusula 2 de la Sección 2 del artículo IV establece el deber de los estados de entregar a los fugitivos de la justicia de los otros estados.

4. Suiza

El artículo 44 de la Constitución de 1999, establece que:

- a. La Confederación y los Cantones deben colaborar, y deben apoyarse mutuamente en el cumplimiento de sus atribuciones;
- b. La Confederación y los Cantones deben guardar consideración y apoyo mutuos; y deben darse entre ellos asistencia administrativa y judicial;
- c. Las disputas entre Cantones, o entre éstos y la Confederación, deberán ser resueltos, en la medida de lo posible, por medio de la negociación o la mediación.

Por su parte, el artículo 45 de la Constitución Suiza establece la participación en la toma de decisiones del nivel federal, de la siguiente forma:

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 31-32.

⁽¹⁵⁾ Nowak, John E., y Rotunda, Roland D., *Constitutional Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, p. 355.

⁽¹⁶⁾ *Idem.*

1. En los casos previstos por la Constitución Federal, los Cantones deberán participar en el proceso de toma de decisiones del nivel federal, en particular en la legislación federal.
2. La Confederación deberá informar a los Cantones en tiempo y de manera completa de sus planes; y deberá consultarles si sus intereses resultan afectados.

5. Bélgica

El artículo 143 de la Constitución de ese país establece que:

1. En el ejercicio de sus respectivas responsabilidades, el Gobierno Federal, las comunidades, las regiones, deberán actuar conforme al interés de lealtad federal, para evitar conflictos de interés.

6. Austria

En Austria, el Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencia a través de la cual reconoce la existencia del principio de “mutua consideración”. Significa que tanto el Estado federal como los Länder han de tener en cuenta los intereses de los demás a la hora de legislar.

Ahora bien, independientemente de que se reconozca o no el principio de colaboración o de lealtad federal, ya sea de manera directa en el texto constitucional, o por vía de la interpretación del juez constitucional, es posible observar en los estados federales diversos mecanismos que tienden a lograr la cohesión del conjunto en la elaboración de políticas públicas. Dichos mecanismos, en conjunto, no son otra cosa que el sistema de relaciones intergubernamentales.

Por ejemplo, en **Canadá**, la Constitución no prevé un principio de colaboración o de lealtad federal, ni prevé explícitamente un esquema de relaciones intergubernamentales. Sin embargo, la práctica ha establecido un sistema de relaciones entre los gobiernos federal y provinciales de dicho país. Esa práctica consiste en conferencias intergubernamentales y reuniones a todos los niveles (funcionarios, ministros delegados, ministros y primeros ministros). Se dan gran cantidad de relaciones basadas en el contacto diario entre los gobiernos a todos los niveles. Y se da una enorme cantidad de acuerdos de todo tipo entre todos los órganos de los gobiernos.

Se trata de órganos de encuentro, cuya práctica común y reiterada ha hecho que las competencias constitucionales, que antes eran interpretadas en mayor

medida en términos de exclusividad y conflicto, ahora tiendan a ser interpretadas en términos de complementariedad⁽¹⁷⁾.

Algo parecido se da en **Australia**, en donde existe una vasta red de Consejos Ministeriales intergubernamentales, producto de la práctica y no de alguna previsión constitucional expresa (salvo el llamado Consejo Australiano del Préstamo, el cual coordina los préstamos gubernamentales en el referido país).

Estos consejos ministeriales intergubernamentales son establecidos por la legislación, por intercambio de misivas al nivel de jefes de Gobierno, o por acuerdos informales entre niveles de gobierno.

Los Consejos Ministeriales varían en su efectividad (por diversas razones que van desde la política a la poca frecuencia de las reuniones), pero son un mecanismo importante de diálogo y cooperación intergubernamental, y un medio para implicar a todos los niveles de gobierno en la formación de la política nacional en diversas áreas. Han sido un mecanismo efectivo de negociación y colaboración entre niveles de gobierno en asuntos que incumben al ejercicio efectivo de competencias concurrentes, y han sido una referencia para los Estados para establecer regulaciones normativas coherentes en distintas materias⁽¹⁸⁾.

En **Austria**, existe un conjunto de leyes que establecen comisiones, grupos de trabajo, o cuerpos arbitrales en los que federación y Länder están representadas (por ejemplo, el Consejo de Seguridad Nacional). En ese país, las relaciones intergubernamentales se basan, cada vez más, en procesos e instituciones informales (reuniones conjuntas y grupos de trabajo)⁽¹⁹⁾.

Sin ser un Estado federal, **Italia** ha desarrollado un modelo descentralizado basado en un arreglo regional. Como parte del esquema de dicho país, se han ido creando diversos mecanismos de cooperación entre el Estado y las Regiones. Estos mecanismos, que en un principio eran de carácter sectorial (es decir, los diferentes Ministerios nacionales de un sector creaban redes de cooperación con los asesores regionales del mismo sector), han sido después unificados en la llamada Conferencia Estado-Regiones, regulada por una ley ordinaria del Estado.

«Con estos instrumentos se desarrolla una participación subordinada de las Regiones en las decisiones que corresponden al Estado.»

(17) Argullol, Enric (director), *Federalismo y Autonomía*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 313.

(18) *Ibid.*, p. 314.

(19) *Ibid.*, p. 318.

Está prevista la conclusión de acuerdos “en el marco de la Conferencia. Pero si éstos no se alcanzan la decisión final es competencia del Estado central. Las relaciones intergubernamentales han contribuido, por tanto, a asegurar una presencia de las Regiones en procedimientos legislativos de programación y de administración nacional, y han convertido en menos rígida la distribución de competencias, favoreciendo sustancialmente procesos de compartición de políticas públicas, pero no han cambiado el carácter todavía centralista de todo el sistema institucional ”⁽²⁰⁾.

En **España**, las relaciones intergubernamentales está reguladas por diversas leyes, que contemplan tanto mecanismos de simple auxilio y asistencia para que las administraciones competentes puedan desarrollar sus competencias, como mecanismos que permitan el ejercicio conjunto de competencias compartidas o que exigen un ejercicio mancomunado (conferencias sectoriales, convenios de colaboración, planer y programas conjuntos). Su importancia ha ido creciendo con el tiempo⁽²¹⁾.

III. EL ESQUEMA DE LAS RELACIONES INTER-GUBERNAMENTALES EN MÉXICO

Después del somero análisis que hemos hecho de distintas versiones del principio de colaboración tal y como existe en varios Estados compuestos, debemos señalar ahora que en el derecho constitucional mexicano no está previsto un principio similar. Más aún, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se puede encontrar un desarrollo más o menos elaborado de tal principio. En buena medida, esto puede deberse a que simplemente no hubo por mucho tiempo necesidad de desarrollarlo e incrustarlo en nuestro esquema constitucional, en razón de que la cohesión del sistema federal hasta hace poco se alcanzaba por medio de la lógica centralizadora que el sistema de partido hegemónico imprimía a nuestro federalismo.

Por otro lado, debemos mencionar que la Constitución Mexicana establece un sistema de relaciones intergubernamentales visiblemente vertical, y tenuemente horizontal. Son varios los mecanismos que integran este sistema de relaciones intergubernamentales. Uno de ellos consiste en las relaciones entabladas en el marco de las leyes generales, mismas que establecen la posibilidad de que la federación, los Estados y los Municipios ejerzan facultades sobre distintas porciones de la misma materia, de una manera compartida.

⁽²⁰⁾ Ibid., pp. 319-320.

⁽²¹⁾ Ibid., p. 320.

Es decir, en el caso mexicano, la Constitución prevé ámbitos materiales respecto de los cuales la Federación (el Congreso general) puede fijar los principios, bases o directrices que en la materia habrá de seguir la legislación de los Estados. Se trata de las materias que son objeto de lo que nuestra Constitución denomina “facultades concurrentes”. En cierto sentido, esta opción se aproxima al concepto de competencias compartidas que se da en otros sistemas federales. Sin embargo, la correspondencia no es exacta, en razón de que en México el Congreso de la Unión no está limitado a expedir *bases generales* que sirvan de *marco* para que las entidades federativas emitan las leyes de desarrollo correspondientes, sino que puede ir mucho más allá y regular en detalle cualquier aspecto del ámbito material correspondiente, cuando así lo considere pertinente.

Si tal límite se llegara a establecer en nuestro sistema federal, entonces los conflictos en relación con el ejercicio de las “facultades concurrentes” tendrían un parámetro legal (la distribución de competencias que la legislatura federal hiciera por medio de la ley respectiva); pero también un parámetro constitucional. De esta forma, podría eventualmente plantearse una controversia constitucional por considerarse que la ley federal que establece y regula la “conurrencia” ha traspasado el ámbito de las bases generales al que debió limitarse.

Otro mecanismo característico del sistema de relaciones intergubernamentales en México, son los convenios que pueden celebrarse en distintas materias entre federación y Estados, entre la federación y Municipios, entre Estados y Municipios, o entre Municipios. La posibilidad de celebrar convenios deriva en algunos casos directamente de la Constitución. De esta manera, el artículo 26 constitucional establece un sistema de planeación nacional del desarrollo, que el Ejecutivo Federal puede coordinar mediante *convenios* que celebre con los gobiernos de los Estados. Igualmente, el artículo 115 señala en su fracción III que los Municipios pueden celebrar convenios con el Estado al que pertenecen para que éste, de manera directa o a través de un organismo específico que para el efecto se cree, se haga cargo en forma temporal de algunos de los servicios públicos y funciones que le corresponde realizar a los Municipios; o bien para que se presten o ejerzan de manera coordinada por el Estado y por el propio municipio. Igualmente, el inciso a), de la fracción IV del artículo 115 constitucional permite que los Municipios celebren convenios con el Estado para que éste se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de las contribuciones municipales.

Por otro lado, los Municipios pueden celebrar convenios con la federación para la administración y custodia de las zonas federales (art. 115, fracc. V, inciso i) de la Constitución). Y la Federación y los Estados pueden celebrar convenios por medio de los cuales los segundos pueden ejercer funciones de aquélla, o la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos “cuando el

desarrollo económico y social lo haga necesario”; por último, los Estados pueden celebrar convenios con sus Municipios, para que éstos asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones que mediante convenio la Federación hubiere transferido a los Estados (art. 116, fracc. VII).

En otros casos, la posibilidad de celebrar convenios deriva de leyes federales relativas a materias exclusivas de la federación. El presupuesto en estos casos es que la facultad exclusiva que tiene el Congreso de la Unión para expedir leyes sobre ciertas materias, incluye la posibilidad de celebrar convenios para compartir con Estados y Municipios la ejecución de la ley federal (pero no para compartir la potestad legislativa, como sería el caso de las leyes marco o generales). Como ejemplo podemos mencionar leyes como las siguientes: Ley de Desarrollo rural sustentable, Ley Federal para el fomento de la Microindustria y la actividad artesanal, Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Población, entre otras⁽²²⁾.

Las relaciones intergubernamentales han ido cobrando mayor importancia en la práctica real del federalismo mexicano, y han permitido flexibilizar en alguna medida la distribución formal de competencias que, según la formulación del artículo 124 constitucional (competencias residuales a favor de las entidades federativas), es bastante rígida. Sin embargo, el grueso de las relaciones intergubernamentales se da con la intervención y bajo la dirección de la federación, y poco o casi nada se da bajo la forma de relaciones horizontales.

IV. CONCLUSIONES

1. En todo sistema federal, es preciso construir factores que permitan la integración y la cohesión entre los distintos niveles de gobierno, entre sus órganos legislativos y sus órganos administrativos.
2. De esos factores, algunos son de diseño institucional, y otros no.
3. Puede haber factores no de diseño institucional que dificulten la integración y la cohesión: cultura política, características del sistema de partidos, situaciones de gran polarización, por ejemplo. Esos no los hemos discutido aquí, y son muy relevantes.
4. Nos hemos enfocado en cambio en diseños institucionales que contribuyan a la integración y a la cohesión dentro de un esquema descentralizado como lo es un sistema federal, o como lo son otros sistemas que sin ser formalmente

⁽²²⁾ Por ejemplo, la Ley General de Bienes Nacionales permite que la federación celebre convenios con los Estados y los Municipios, con el objeto de que administren, conserven y vigilen la zona federal marítimo terrestre y los terrenos ganados al mar (artículo 50).

federales, sí se caracterizan por cierta descentralización política y administrativa (como España e Italia).

5. El análisis comparativo nos puede dar varios indicios sobre cuáles pueden ser las líneas generales de ese tipo de factores de diseño institucional:

A. En el nivel más general, podemos identificar un principio constitucional: el principio de colaboración, del cual derivan deberes y límites (si bien no precisos y claros), en cuanto al ejercicio de las facultades propias de los distintos niveles de gobierno, tanto de sus órganos legislativos como los administrativos.

- En algunos casos se trata de un principio expresamente previsto en la Constitución
- En otros es producto de la jurisprudencia del juez constitucional.
- Pero en cualquier caso, impone:
 - * **Deberes:** de coordinación, de intercambio de información, de consulta.
 - * **Límites:** en cuanto al ejercicio de las facultades, mismas que han de ejercerse con consideración de los demás estados o provincias, y del impacto en el conjunto.

Como principio general, el de colaboración o lealtad federal o mutua consideración plantea sus propios problemas. Problemas en cuanto a la definición de su alcance y su contenido. En este tema, la experiencia alemana sugiere que es conveniente que el juez constitucional adopte una postura de precaución en cuanto a la interpretación de los alcances de este principio, pues una interpretación demasiado expansiva del mismo puede dejar sin sustancia lo que es la esencia del sistema federal, que es el hecho de que hay una distribución de competencias entre diversos ámbitos de gobierno, algunas de las cuales son exclusivas, otras concurrentes y otras compartidas.

B. En otro nivel se encuentra el desarrollo de un cierto esquema de relaciones intergubernamentales que contribuya a la integración y cohesión de políticas públicas.

- En algunos países ese esquema no está previsto en la Constitución o en las leyes, sino que deriva de prácticas que se han desarrollado por la propia necesidad de integrar y cohesionar (Canadá por ejemplo).
- En otros países sí hay una base constitucional o legal para definir el esquema de relaciones intergubernamentales.

- Sin embargo, en ambos casos, los mecanismos son parecidos:
 - a. Conferencias intergubernamentales y reuniones a todos los niveles (funcionarios, ministros delegados, ministros y primeros ministros).
 - b. Comisiones, grupos de trabajo, o cuerpos arbitrales.
 - c. En particular, destacan las comisiones de tipo sectorial (los diferentes Ministerios federales de un sector crean redes de cooperación con los funcionarios estatales, provinciales o regionales del mismo sector).
 - d. Los productos y resultados de dichas reuniones y trabajos conjuntos son:
 - * Convenios de colaboración.
 - * Acuerdos informales.
 - * Planes conjuntos.
 - * El intercambio de información para generar diagnósticos compartidos y para la toma de decisiones.
- C. Todo lo anterior se refiere a la perspectiva orgánica de la discusión. Es decir, la determinación de cuáles son los mecanismos de encuentro y cooperación de los órganos de los diferentes ámbitos de gobierno de un sistema federal.

Sin embargo, debe sumarse otra perspectiva al análisis, que es la referida al esquema de distribución de competencias.

En todo sistema federal hay una fórmula de distribución de competencias entre los distintos ámbitos de gobierno.

Dicha fórmula puede variar, pero en general, puede afirmarse que establecen ya sea algún tipo de **exclusividad** (materias sobre las cuales alguno de los ámbitos de gobierno ejerce competencias legislativas y administrativas con exclusión de los otros ámbitos); o bien, algún tipo de **compartición** (materias sobre las cuales los distintos ámbitos de gobierno pueden ejercer competencias tanto legislativas como administrativas, por así decirlo, sobre distintos tramos de la misma materia).

La definición de qué materias entran en uno u otro régimen depende de muchos y diversos factores.

Hay materias que, al requerir unidad de mando y conducción, o concentración de grandes recursos, típicamente corresponden en exclusividad a la federación (emisión y regulación monetaria, defensa, relaciones internacionales y diplomáticas).

Pero en muchas otras materias habrá que decidir si entran en uno u otro campo, y la decisión dependerá de muchos factores, como los históricos, o la existencia de disputas y acuerdos políticos, o la existencia o no de capacidades administrativas suficientes, por mencionar algunos.

Pero a lo que deseo llegar es a lo siguiente:

El hecho de que la federación tenga exclusividad en el manejo de una materia no necesariamente significa que, por la unidad en la planeación y ejecución de las políticas públicas relativas a dicha materia, la acción pública habrá de ser más eficaz y eficiente en la resolución de los problemas y atención de las demandas inherentes a la materia.

Al contrario, puede suceder que la centralización cree una ilusión de fortaleza formal (el ejecutivo federal controla toda la política pública en una materia que es exclusiva de la federación), que en realidad se traduzca en una falta de capacidad para ejecutar políticas en el terreno, lejos del centro, en los estados, municipios, en todos los rincones del país.

O bien puede haber problemas de sobre carga, al recaer todas las demandas sobre el centro, y la incapacidad del centro (el ejecutivo federal y sus ministerios y agencias), para allegarse la información adecuada para elaborar políticas, incapacidad para resolver o dar respuesta a las demandas, o enfrentar la resistencia de las autoridades y/o las sociedades locales.

Esto puede llevar a considerar dos opciones de diseño institucional:

- a. Crear instancias de consulta, intercambio de información, coordinación, incluso en materias que sean de la competencia exclusiva de la federación. O bien,
- b. Dar el paso hacia un régimen de compartición, en que federación, estados y municipios compartan responsabilidades en la misma materia, lo cual implica también y necesariamente la creación de órganos de encuentro, de intercambio de información, de planeación conjunta y coordinación entre niveles de gobierno.

***VI)* JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

KELSEN EN PARÍS: UNA RONDA EN TORNO AL “MODELO CONCENTRADO”

A Diego Valadés, con toda amistad.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(Perú)

SUMARIO: **1.** Un viaje olvidado. **2.** El encuentro de Viena en 1928. **3.** La ponencia de 1928 y su versión francesa. **4.** En el Instituto Internacional de Derecho Público de París. **5.** Los temas en cuestión. **6.** El debate en el Instituto. **7.** Lo que quedó del debate y algo más. **8.** Una victoria a largo plazo.

1. UN VIAJE OLVIDADO

La literatura de y sobre Kelsen, como bien sabemos, es inmensa. A tal extremo que ha sido necesario distribuirla en sectores o áreas que permitan una mejor ubicación y sobre todo un adecuado manejo de esta sorprendente producción intelectual. Principalmente en el campo del Derecho Público (tanto en el Derecho Constitucional como en la llamada “jurisdicción constitucional”), Derecho Internacional en sus diversas facetas, incluyendo el apartado sobre las Naciones Unidas; escritos de filosofía política, sociología jurídica, teoría del Derecho, entre otros más, debiendo destacarse por su importancia, los dedicados a elaborar, reelaborar y difundir su célebre “Teoría Pura del Derecho”. Incluso en los últimos tiempos se ha comprobado que Kelsen, amante de la literatura en su juventud, cultivó la poesía, cuyos frutos probablemente no son muy originales, pero no por ello dejan de ser interesantes.

Esto en cuanto se refiere a la actividad académica de Kelsen y sobre la que existe bastante información. Se sabe de los problemas que tuvo con discípulos e incluso con adversarios, de las polémicas que mantuvo con algunos de sus con-

temporáneos e incluso de sus disgustos ocasionados a raíz de una visita suya a la Argentina en 1949. Y también de su accidentado periplo universitario que inicia en 1930 y que terminará llevándolo a otro continente. Pero salvo esto, de la actividad humana, personal propiamente dicha de Kelsen, se conoce poco. Y es así porque Kelsen fue cordial pero respetuoso de los fueros ajenos y del suyo propio, al que no dio demasiada importancia ni menos aun publicidad. Era considerado pero sin exageraciones y tenía un marcado sentido de la reserva en sus propios asuntos. Sabía distinguir muy bien el lado humano del lado académico y no dejaba que ambos se mezclasen. Y que explica en parte que sobre la vida misma de Kelsen se sepa muy poco, porque quizá él mismo sin querer así se lo propuso.

No obstante esto, tenemos dos importantes recuentos biográficos sobre Kelsen. El primero es el llevado a cabo por un discípulo suyo, Rudolf A. Méta, que viajó por todo el mundo y que propiamente no era un académico sino un profesional y un técnico con inquietudes, como lo demuestra el hecho que acabara sus días nacionalizado brasileño y trabajando en ese país, si bien murió en Suiza en 1973. Su libro *Hans Kelsen, vida y doctrina*, fue traducido al castellano hace un tiempo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 1975) si bien no incorpora la bibliografía kelseniana que sí incluía la original edición alemana (que probablemente no se tradujo por no considerarse estrictamente necesaria). Y la segunda biografía, o mejor autobiografía, la debemos al propio Kelsen que escribió dos breves trazos autobiográficos, el primero en 1927 y el segundo en 1947, en donde aporta gran cantidad de datos y que habiendo permanecido inéditas durante mucho tiempo –pese a que eran conocidas por los allegados a Kelsen– se han publicado recientemente en Austria en su idioma original y en un solo volumen. Y acaban de ser vertidas al italiano con amplísimos comentarios de Mario G. Losano y que son de enorme interés (cf. Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di Mario G. Losano, Ed. Diabasis, Regio Emilia 2008).

Estos son, para efectos prácticos, los únicos referentes biográficos que tenemos sobre Kelsen en sentido estricto, al margen de referencias ocasionales que puedan darse en otros contextos (un gran panorama, con abundante información, cf. Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público*, Marcial Pons ed.; 2 ts., Madrid 2004).

Pues bien, ninguno de ellos da cuenta exacta de lo que es el propósito de estas líneas: la presencia de Kelsen en París a fines de la década del veinte del siglo pasado. No se trata de un descubrimiento ni de algo ignorado. Tampoco reservado o secreto, sino simplemente olvidado y no trabajado por los “kelsenólogos”. Lo que intento en esta oportunidad es rescatarlo, recordar lo que pasó entonces y su relación con el tema que nos interesa, esto es, el de Kelsen y su planteo teórico sobre la jurisdicción constitucional en uno de sus modelos que sigue siendo clásico: el concentrado, aun cuando el tiempo transcurrido haya afi-

nado, precisado o replanteado algunas de sus aristas y entornos teóricos. Y se presente hoy algo distinto de lo que fue en aquel momento.

2. EL ENCUENTRO DE VIENA EN 1928

Lo primero que hay que tener presente es que Kelsen tiene un indudable parentesco y además una relación estrecha con la transición constitucional austriaca que ocurre en el período 1918-1920. Es cierto que había nacido en Praga, luego capital de un nuevo país que se llamó Checoslovaquia, pero Kelsen nunca se integró a la cultura checa, no hablaba su idioma y para todos los efectos fue un austriaco política y culturalmente hablando. Estaba además adscrito a los asesores de la alta dirección del Estado, que contemplaban impotentes el derrumbe del Imperio Austro-húngaro del que eran súbditos. Y que frente a este hecho inevitable estaban buscando formulas políticas que llenasen el vacío que este suceso ocasionaría. De hecho, la caída del Imperio fue casi anunciada. Y en eso poco se podía hacer, pues los Aliados reunidos en París, no tuvieron la menor intención de mantenerlo al haber perdido su importancia política en la Europa central. El problema de Kelsen y de su entorno era más bien otro: cómo hacían con la nueva nación, qué organización darle, si era o no autónoma o si por el contrario se uniría a su vecina Alemania (que era la aspiración de muchos, lo que está confirmado por un hecho muy posterior: la anexión de Austria a Alemania en 1938, por un golpe de mano de Hitler que se hizo pacíficamente y sin disparar un tiro). En fin, los problemas eran varios y a todos ellos Kelsen prestó su valioso concurso. Se ha querido ver durante décadas que Kelsen fue el padre de la Constitución austriaca y también el padre del modelo concentrado de control constitucional, tal como se reflejó en el Tribunal Constitucional austriaco, pergeñado entre 1918 y 1919 y copiado con rapidez por la clase política checoslovaca que lo llevó prontamente y con anterioridad a nivel constitucional, pero que no tuvo ni la influencia ni la fuerza del austriaco. Todo esto, es decir, esta paternidad exclusiva atribuida a Kelsen es sin lugar a dudas una exageración de Escuela, ya que todo lo que a Kelsen se atribuye es en realidad obra de un equipo que lideraba el canciller Karl Renner, en donde las ideas y los proyectos de Kelsen fueron tomados muy en cuenta, pero que no fueron las únicas. Es decir, Kelsen prestó su indudable concurso y se encontraba en el justo lugar y en el momento preciso, pero no fue el único, aun cuando su presencia fue importante y en cierto sentido decisiva.

Lo que pasa con Kelsen es que a diferencia de otros, era un jurista acreditado, había escrito mucho sobre temas constitucionales austriacos –gran parte de ellos sin traducir– y tenía una activa carrera docente y un numeroso discipulado, a lo que hay que añadir una obra sólida y contundente que creció con los años y que se difundió ampliamente. Kelsen era además profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, de la que fue Decano. A

mayor abundamiento, fue luego magistrado del Tribunal Constitucional austriaco en donde tuvo un importante desempeño (1921-1930) y él mismo fue un gran difusor de sus propias tesis. De hecho, el aparato propagandístico que el propio Kelsen armó para defender sus teorías, era sin lugar a dudas sorprendente.

Sin embargo, lo realmente importante y fundacional de Kelsen, que es prácticamente suyo y de nadie más, es la fundamentación del modelo concentrado, al que llega solamente después de arduos estudios y tras la publicación de su “Teoría general del Estado” (1925) así como del ejercicio de la alta magistratura.

Fruto de estas reflexiones fue la ponencia que Kelsen presenta en el Quinto Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena, los días 23-24 de abril de 1928, dentro de un rubro de la agenda que tiene por título “Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal”. En ese encuentro la tesis de Kelsen no tuvo mayor aceptación. Aún más, fue ahí mismo combatida por un importante jurista de la generación anterior, Triepel, como otros más lo harían por la misma época (Smend, Heller) y sin contar su posterior y en cierto sentido acida polémica con Schmitt sobre quién era o debía ser el guardián de la Constitución (el Tribunal Constitucional como quería Kelsen o el Presidente del Reich, como postulaba Schmitt).

En dicha ponencia Kelsen se extendió, en forma talentosa pero muy compendiada, sobre lo que era el control constitucional, sobre la jerarquía del ordenamiento jurídico, sobre los efectos del control y los órganos que debían llevarlo a cabo así como diversos planteos sobre los aspectos procesales, o mejor procedimentales, en las acciones o contenciosos que conocía y resolvía dicho Tribunal. Levantó además objeciones contra este tipo de control, sosteniendo la tesis de que el Tribunal Constitucional ejercía una suerte de legislación negativa, con lo cual no tropezaba con la muy enraizada tesis –en aquella época– de la soberanía parlamentaria. Agregando como acotación final que era prácticamente imposible que un parlamento fuese control de sí mismo, esto es, que derogase o dejase sin efecto normas aprobadas por el propio órgano legislativo, más aun si la norma cuestionada había sido aprobada por el órgano cuya composición humana era la misma (así por ejemplo, un parlamento elegido por cinco años, podía aprobar una ley en el primer año de su gestión, pero era casi imposible que en su propio período la derogase por inconstitucional, por razones políticas muy explicables). Finalmente, hizo un largo excursus sobre la necesidad de esta institución, sobre su sentido político y llamando la atención sobre la especial importancia que ella tenía en los países con estructura federal (como era el caso de Austria).

Salvando los detalles y desarrollos de la ponencia, lo cierto es que detrás de todo ello Kelsen aborda dos tesis que son claves: la primera es que la Constitución tiene un significado y un valor jurídico y que debe ser aplicada jurídicamen-

te. La segunda es que debe existir un órgano ad-hoc, al margen de los clásicos poderes del Estado, que pueda ejercer precisamente la defensa jurídica de la Constitución contra los que intentan desconocerla. Y estos planteos respaldados en la concepción del Estado que por entonces Kelsen postulaba.

Ambas tesis eran radicalmente nuevas en la época y de manera especial en Europa, y por eso es que no tuvieron mayor impacto ni tampoco una rápida aceptación. De hecho, aparte de la misma Austria, la situación en Alemania no era muy halagüeña en aquel momento y el otro Tribunal Constitucional, el vecino checoslovaco, tuvo una vida accidentada y además con largos periodos de inactividad y solo llegó a emitir una sentencia. El tercer Tribunal que existió en el período de entreguerras, el español de 1931, solo logró instalarse en 1933 y colapsó al inicio de la guerra civil de 1936. Para efectos prácticos, la tesis de Kelsen no tenía referentes y tampoco mayor recepción en la doctrina. De hecho, podríamos decir que casi no trascendió.

Kelsen fue muy consciente de todo esto y por eso buscó difundir sus planteos más allá de su propio país y lejos de la comunidad germánica, que ya para entonces tenía demasiados problemas encima y además no lo comprendía. Y pensó en la universal cultura francesa, en donde Francia era el faro iluminador en todo el Occidente culto de la época. Ese, pues, era el centro a conquistar y por eso Kelsen pensó en publicar su texto en París.

3. LA PONENCIA DE 1928 Y SU VERSIÓN FRANCESA

La manera como Kelsen afrontó este reto que se impuso a sí mismo fue la siguiente: hacer traducir su ponencia al francés, “lingua franca” en aquel momento y que le serviría para ampliar su radio de influencia en otros mundos culturales a los cuales, sin lugar a dudas, estaría vinculado algún día. Y a los que no llegaban los ecos del mundo germánico. Es decir, tener presencia en el mundo culto pero pasando por París, meca obligada de la cultura de principios de siglo.

El texto de Kelsen en alemán no tiene título y está enmarcado dentro de un punto general del programa del encuentro: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, es decir, “esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal” publicado tardíamente en el “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, 5, Berlín und Leipzig 1929, pp. 30-88; 117-123, con las demás ponencias presentadas al evento. El planteo que se postulaba era muy claro: jurisdicción estatal, que es lo que existía desde siempre, que era cómo decir el Derecho y sus problemas en relación con la actividad del Estado; o sea, cómo el Estado podía defenderse frente a situaciones que lo afectaban, más aun en el caso de Estados que no eran unitarios sino compuestos, como era la situación típica de Alemania y Austria. Pero desde el principio de su ponencia Kelsen quiso diferen-

ciarse del temario del Encuentro y advirtió que en realidad lo determinante y lo básico de la jurisdicción estatal era la defensa de la Constitución y por tanto, jurisdicción estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) era equivalente a jurisdicción constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Así, pues, quedaron definidos los temas en una comunidad que todavía no los aceptaba pacíficamente. Y así lo expresó en las primeras líneas de su ponencia alemana. Y esto debería reflejarse en la versión que se publicaría en francés.

Y como consecuencia de lo anterior, era menester ponerle un título a su ponencia para presentarla al mundo francés y que reflejase su tesis central: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Pero hubo adicionalmente dos cambios: el primero es que luego y entre paréntesis se introdujo la palabra o mejor el concepto *la justice constitutionnelle*, es decir, la justicia constitucional, algo que no estaba dentro del pensamiento de Kelsen. Y además lo siguiente: una introducción explicativa, es decir, un proemio, luego un sumario detallado que hacía referencia al contenido seguido de un mejor ordenamiento y de una numeración de todos los párrafos. En consecuencia, si bien prácticamente iguales, la versión francesa resultaba más ventajosa que la alemana, como lo demuestra el hecho de que ella haya sido el referente obligado de los debates en torno a la tesis de Kelsen, y que haya servido para las numerosas traducciones que se han hecho. Adicionalmente, el mismo Kelsen la citaba de manera preferente y la avaló en forma expresa y reiterada.

Todo esto, es decir, la adecuación de la ponencia alemana para su traducción al francés fue enviada por Kelsen a su antiguo discípulo Charles Eisenmann, en París en aquel entonces, quien cumplió el encargo con admirable precisión, si bien se tomó algunas licencias, con el apoyo o en todo caso con la complacencia de Kelsen, que no solo no lo desautorizó, sino que respaldó el texto francés.

De las modificaciones que realizó Eisenmann al texto kelseniano y que su autor aceptó por ser de orden menor, la que más sorprende es que Kelsen haya autorizado, sin problema alguno, el uso de la expresión “justicia constitucional” en el encabezamiento mismo de su trabajo. ¿A qué se debió esto...?

Eisenmann utiliza la voz “justicia constitucional” en el título de su traducción, consciente de que en Kelsen el concepto de “justicia” no es un término adecuado ni siquiera jurídico, sino meta-jurídico, al margen de la ciencia del Derecho, que Kelsen descarta como ideal del científico. Aun más, en Francia se usaba el concepto de “jurisdicción” y a lo largo del texto francés, los conceptos de “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional” se usan en forma indistinta, con una clara preferencia por el primero. Lo que se confirma con otro dato: en el mismo texto de la ponencia, Kelsen insiste y reitera que la labor del control constitucional no puede sustentarse en consideraciones de carácter especulativo o

metafísico, como es la noción de “justicia”, que no solo no es un término científico sino que varía de significado según el uso que se le quiera dar acorde con los autores y sus respectivas concepciones filosóficas. Es decir, no era un término utilizable en sentido riguroso. Entonces ¿Por qué se usó?

La impresión que tengo es que esto fue una concesión a las propias inclinaciones y entendimientos del traductor, como lo podemos ver en las definiciones y planteos de su tesis doctoral, que Eisenmann publica el año de 1928 y que prologa el mismo Kelsen. Más aun si se tiene en cuenta que el concepto “justicia constitucional” se introduce en Francia por vez primera gracias a Eisenmann, y por tanto era perfectamente legítimo darle un sentido definido y evitar confusiones. Por otro lado, el vocablo “justicia constitucional” estaba claramente delimitado cuando lo emplea conjuntamente con el de “jurisdicción constitucional” y en tal sentido se entiende que aquí el concepto de “justicia” es lo mismo que justicia humana o justicia positiva. O para decirlo en otros términos, justicia humana o justicia de los hombres que es algo diferente a la justicia divina (como acostumbraba distinguir el iusnaturalista Del Vecchio) o “justicia conforme a Derecho”, tal como indica el título de unas lecciones profesadas por el pragmatista Roscoe Pound.

Pero conviene recordar que el concepto de “jurisdicción” estaba muy arraigado en el mundo y en la *praxis* jurisprudencial, sobre todo en la de origen romanista, con lo cual el término no causaba ningún problema. Además, si bien Kelsen era un buen conocedor del procedimiento o si se quiere de la práctica procesal –la tuvo que aprender como magistrado constitucional– no era hombre de conocimientos doctrinarios sobre teoría procesal, como de la lectura de sus textos se desprende, no obstante que el mundo alemán contaba entonces con un procesalismo científico que parte de Bülow (1868) continúa Wach (1885) y siguen otros más hasta llegar a James Goldschmidt, que propiamente escribe por la época en que Kelsen era magistrado y aun antes. Seguidos a poca distancia por los juristas italianos. Es decir, existía el procesalismo científico pero Kelsen no parece haberse percatado de esto o en su defecto, no haberlo estudiado adecuadamente, como se comprueba al ver que no entiende bien la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional ni en donde ubicarlo dentro del aparato del Estado. Y en el caso francés la cosa era peor. Se seguía en aquel país el viejo procedimentalismo y la ciencia procesal estaba atrasada notablemente. Vistas así las cosas, era normal que se usase la palabra “justicia” para denominar la actividad de los órganos jurisdiccionales, lo que se comprende con fórmulas muy francesas, tales como “Palacio de Justicia”, “Administración de Justicia” y otras por el estilo. La “justicia”, pues, era factura humana y no otra cosa y por tanto “justicia constitucional” se entendía muy bien, ya que además el mismo Eisenmann así lo explica en su tesis doctoral cuando la define como una labor de carácter jurisdiccional. Aun así el concepto de “justicia” no calzaba con el pensamiento kelseniano. En efecto, desde muy temprano el pensa-

miento de Kelsen se dedicó a sostener que la “justicia” era un valor metajurídico y que ella no entraba en el dominio de la ciencia ni tampoco era algo objetivo, sino que siempre reflejaba las emociones de quien así lo expresaba. Y este punto de vista agnóstico, frío, aséptico sobre la justicia lo mantuvo hasta el final de su vida, por más que escribió bastante sobre la justicia y le dedicó un volumen que publicó años después (cf. *What is justice?* University of California Press, Berkeley 1957; hay traducción española incompleta editada por Ariel).

A todo lo anterior, debe agregarse el dato curioso –ya mencionado– que lamentablemente se pierde en algunas traducciones: y es que a lo largo de todo el texto, se utiliza en forma indistinta las dos formulas: “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” como equivalentes, con lo cual se comprende perfectamente que la licencia que aquí se tomó Eisenmann no tiene ninguna consecuencia, pues queda claro en todo el desarrollo de la ponencia y aun más de lo que el mismo Kelsen dice, que se está refiriendo siempre a una justicia positiva, la que existe aquí y ahora, y no al fruto de una concepción metafísica, que el propio Kelsen había desahuciado.

Salvado esto, la ponencia de Kelsen en francés se entiende perfectamente, y más bien es de lamentar que sea un texto muy ceñido y que solo se pueda captar plenamente si se cuenta con el respaldo teórico que el mismo Kelsen había expuesto en su gran obra *Allgemeine Staatslehre*, publicada en 1925 en Berlín y de la cual existe al parecer solo traducción castellana, publicada en 1934 por otro discípulo suyo, el español Luis Legaz y Lacambra, y que ha tenido varias reediciones. Por si no fuese suficiente, el propio Kelsen preparó una versión resumida (*aperçu*) de su Teoría del Estado que se publicó en francés y luego en otros idiomas (en francés en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, oct-déc 1926, traducido igualmente por Eisenmann; y luego en castellano, en traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate en 1928 y 1934 con la editorial Bosch con el siguiente título: *Compendio de teoría general del Estado*, con varias reimpressiones). Esto confirma que Kelsen parte de una teoría del Estado a la que se remite expresamente; no necesitó la teoría del Proceso que no aparece mencionada por ninguna parte.

Pero volvamos a lo anterior. ¿Que pasó con la versión francesa que finalmente preparó Eisenmann con el apoyo y complacencia de Kelsen? Sirvió para dos objetivos y para dos publicaciones, como lo veremos a continuación.

4. EN EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO DE PARÍS

La versión francesa preparada por Eisenmann se publicó en 1928 en un número especial de la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique* conjuntamente con otras importantes colaboraciones que demuestran que existía

ya una fuerte inquietud en el mundo jurídico francés sobre este tema. La que es seguida por la discusión en torno a ella que se da en el seno del recién fundado *Institut International de Droit Public* ese mismo año de 1928, pero publicada posteriormente. Lo importante a tener en cuenta es que si bien la ponencia alemana de Kelsen se presenta primeramente en Viena en abril de 1928, solo se publica en Berlín en 1929 y dentro de las memorias del encuentro vienés, es decir, un año después. Con lo cual queda claramente establecido que el conocimiento y la difusión de tal planteo ocurre primero desde Francia y en ese idioma. De hecho, el conocimiento que se tiene de ella, por lo menos en el mundo hispanohablante (y también en el francófilo), es desde la versión francesa. Ésta se publica en 1928 en la *Revue* y con el título siguiente: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)* año XXXV, tomo 45, 1928, pp. 197-257 y a partir del cual se hacen gran cantidad de separatas. Posteriormente, el texto en francés será objeto de un debate académico en París, en octubre de ese mismo año.

¿Cómo sucedió esto...? No se tienen mayores noticias pero cabe hacer ciertas especulaciones. En primer lugar, Eisenmann pese a su juventud, era un jurista muy vinculado con las grandes figuras del Derecho Público francés de aquella época y hacia traducciones de idiomas extranjeros al francés. Así, a él se debe la traducción francesa de la ponencia que se publica en la *Revue*... como ya hemos indicado y de otros textos más. Pero al mismo tiempo, Kelsen se preocupa, sea directamente o a través de Eisenmann, de pedir un espacio en la agenda del *Institut International de Droit Public*, presidido en aquella época por Gaston Jèze, el famoso administrativista francés, que al mismo tiempo era director de la *Revue*... con lo cual la conexión queda plenamente explicada. El *Institut*, del cual Kelsen era miembro, había sido fundado en París en 1927 y albergaba en su seno a los principales juristas franceses y europeos, con pretensiones de trascender a otros continentes. Aparte de Gascón y Marín, administrativista español, se encontraba presente Alejandro Álvarez, internacionalista chileno. Poco después sería incorporado como miembro el constitucionalista argentino Juan A. González Calderón, con lo cual en aquel momento –fines de los años veinte– a nivel constitucional latinoamericano solo un argentino participaba en esa entidad, pero sin entender el planteo kelseniano (*vid.* Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, Edit. Lajouane, 3 t., Buenos Aires 1930-1931; en el tomo I, pp. 490-492, da cuenta de la presencia e informe de Kelsen en París).

A la sede de este Instituto fue Kelsen, seguramente a pedido suyo. Y para tales efectos utilizó la versión francesa que hizo Eisenmann y que estaba publicada o en vías de publicación en la *Revue*... El mismo texto de la ponencia se publicó, si bien un año después, en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, P.U.F., París 1929, pp. 52-143. Y en el mismo *Annuaire* se da cuenta de las sesiones de 20 y 22 de octubre de 1928 a los cuales Kelsen asistió. El primer

día concurrió a dos sesiones; la primera en la mañana para ver asuntos de orden administrativo del Instituto (pp. 187-192) y en la tarde para discutir su ponencia (pp. 192-201). Eso fue un día sábado 20. El día lunes 22 participó en una sesión dedicada especialmente a una ponencia de Jèze sobre la significación jurídica de las libertades públicas y en la cual hizo dos intervenciones. En total, estuvo en París con toda seguridad cuatro días; es decir, el día que llegó que sería viernes, el sábado, el domingo y el lunes, retornando con seguridad esa noche o el día martes. No tengo noticias de donde se alojó Kelsen en aquella época en París, que era muy barato, pero debió haber sido en un hotel de pocas estrellas y muy central, pues Kelsen no solo no era aficionado a los lujos, sino fue toda su vida muy austero. Y tampoco sabemos como viajó de Viena a París, si en tren o en avión. Es difícil saber que opción tomó, pero teniendo en cuenta el carácter incipiente de la aviación comercial en esa época, es más que seguro que haya usado el tren, tan frecuente en esos días y aun en los nuestros, pero debe haber sido un viaje algo cansador, considerando que la distancia entre París y Viena es de unos 1,000 kilómetros, que bien podrían cubrirse en unas quince horas de viaje o más. El hecho concreto es que viajó a París por pocos días y debe haber estado de vuelta muy pronto, pues tenía un cargo oficial del cual no podía ausentarse mucho tiempo, más aun en un Tribunal como el austriaco que tenía cierto movimiento.

De las dos sesiones a las cuales asistió Kelsen en la sede del Instituto –ubicado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en la Sala de Fiestas (*Salle des Fêtes*) solo tomaremos en cuenta la primera, o sea, la del sábado 20 en la tarde, en donde se discute su ponencia– que es de suponer que la tenían los otros participantes en copia o en separatas de la *Revue*, y se entabla un debate que en realidad no llegó a ninguna conclusión y más aun demostró que Kelsen, si bien respetado, no fue entendido.

Dicha sesión tiene dos partes bien marcadas que esquematizaremos para una mejor comprensión y porque además, los detalles pueden verse en la traducción del acta que adjuntamos como apéndice.

En la primera parte hay una larga discusión con Léon Duguit, gran autoridad en la época y en donde se debaten los presupuestos de la teoría kelseniana sin llegar a ningún acuerdo. En la segunda parte, se discute el planteo de fondo, o sea, si es dable o no hacer un control constitucional y que éste lo tenga a su cargo un órgano calificado, es decir, un tribunal ad-hoc, fuera de la clásica tripartición de los poderes del Estado.

Pero antes de seguir, volvamos sobre los planteos básicos de Kelsen y el debate que ellos originaron.

5. LOS TEMAS EN CUESTIÓN

La ponencia de Kelsen toca muchos temas, como ya lo he indicado. Aún más, por su experiencia en el Tribunal Constitucional demuestra ser un agudo crítico de las situaciones que puedan venir y sobre todo de los aspectos procedimentales que desarrollan las partes ante el Tribunal Constitucional. Pero si bien esto lo hace con solvencia, es evidente que Kelsen no postula el nacimiento de una nueva disciplina jurídica ni nada por el estilo; se limita a usar el término de “jurisdicción constitucional”, en el sentido de capacidad de que alguien que no sea el parlamento pueda ejercer un control constitucional, que él enfoca en ciertos puntos y que en otros no toca por no considerar necesarios –como es el de los derechos fundamentales o derechos de las personas–. Y esto dentro de un desarrollo en donde el autor demuestra tener gran perspicacia y conocimiento del manejo de la cosa pública y de los temas que conoce un Tribunal Constitucional, pero no parece estar enterado de lo que es el desarrollo teórico de la ciencia procesal, bastante avanzado en el mundo germánico de la época y por cierto también en el italiano. De ahí que la tesis originariamente planteada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo de que Kelsen es el fundador de una disciplina que se llama “derecho procesal constitucional” me parece una exageración que no se compadece con la realidad. No sólo porque Kelsen no usa el término, sino porque no pretendió fundar o formular una disciplina cuyo fundamento procesal desconocía (*vid.* Domingo García Belaunde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, Edit. Porrúa, México 2008).

En realidad, lo que sostiene Kelsen en su sugestiva ponencia es, aparte de detalles que son de indudable atractivo, dos aspectos básicos: lo primero es que la Constitución tiene un valor jurídico y no político. Y lo segundo es, que siendo jurídica la Constitución, hay que tener presente la posibilidad de que ella sea alterada o desconocida por los operadores o destinatarios del poder, y en consecuencia tiene que existir un órgano *ad-hoc* que sea el vigilante de la Constitución y el que sancione las infracciones que atenten contra ella. En este aspecto Kelsen no tuvo que lidiar con el Poder Judicial, toda vez que este órgano del Estado fue considerado en Europa, hasta avanzada la década de los cincuenta del siglo pasado, como un mero defensor de los intereses privados, y cuyos miembros deberían ser casi robóticos y actuar mecánicamente, en el mejor estilo de la concepción de Montesquieu. Más bien, el problema era descartar la tesis de la soberanía del parlamento como impedimento para instalar el control en un órgano *ad-hoc* y en eso se extendió largamente, sosteniendo entre otros aspectos, que la soberanía no recaía en el parlamento sino en el Estado, propiciando al mismo tiempo que los magistrados constitucionales fuesen elegidos por el órgano legislativo, que de esta manera aparecían con un manto de legitimidad democrática, que a Kelsen

tanto preocupó (a diferencia de muchos juristas de la época, Kelsen fue siempre partidario de la democracia parlamentaria, como se demuestra en sus escritos iniciales, en especial desde la década de 1920, así como en su colaboración política con el régimen democrático instaurado en el nuevo país de Austria).

Es decir, dos puntos fundamentales: el carácter jurídico de la Constitución y la necesidad de un órgano ad-hoc para preservar y defender la Constitución.

Ninguna de las dos tesis era en rigor nueva. La primera había nacido a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, al compás de un célebre caso, el *Marbury v. Madison* de 1803 y desarrollado en la jurisprudencia y en la doctrina norteamericanas sobre todo a partir de 1860, a tal extremo que se hizo conocida muy pronto en Europa, en donde se divulgó mucho (*vid.* Ed. Laboulaye, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, F. Brachet edit., París 1866, que contiene el curso que el autor impartió en el Colegio de Francia en 1864).

Y la segunda tenía algunos antecedentes: el más lejano era el *jury constitutionnaire* de Sieyès formulado en los tormentosos días de la Revolución francesa. Y luego desarrollado, con mucha lentitud en la Europa decimonónica, como lo demuestra el Tribunal del Imperio y algunos estudios de la época, como la célebre monografía de Jellinek de 1885 pidiendo un Tribunal Constitucional para Austria (cf. Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichell edit., Torino 1990).

¿Cuál era entonces la novedad del planteo kelseniano? La primera tesis, si bien desarrollada en los Estados Unidos y acogida a lo largo del siglo XIX en los países de América Latina –aun cuando muchas veces la práctica iba en sentido contrario– era totalmente desconocida en Europa y en todo caso, no aceptada y ni siquiera estudiada o comprendida. Era, pues, una total renovación desde el corazón del Derecho Público europeo. Y la segunda, con antecedentes como en todo, fue prácticamente una creación original. Y si bien el Tribunal Constitucional austriaco fue obra de varios juristas –uno de ellos Kelsen sin lugar a dudas– el más solvente teórico que tuvo fue Kelsen. Y creo que ese es su gran mérito y su aporte indiscutible. Dos enunciados relativamente nuevos, pero reformulados en un momento oportuno, con todo rigor y con nuevos matices, previendo las cosas que podían pasar y dándole una formidable armazón teórica que no existía y que ha sobrevivido hasta ahora. Y si bien ha pasado mucha agua bajo los puentes, la formulación kelseniana, expresada en un estilo seco, muy ceñido pero con una lógica inflexible, ha resistido el paso de los años y puede, por eso, considerársele como un clásico que aún se lee con provecho.

Volvamos pues a la discusión de octubre de 1928.

6. EL DEBATE EN EL INSTITUTO

La sesión del sábado 20 de octubre de 1928 tuvo dos partes: la de la mañana se dedicó a asuntos administrativos y está dedicada a la actividad del Instituto, a sus proyectos y a futuras reuniones, a los temas y ponencias que presentarán los miembros –señalándose que Kelsen, en la sesión del próximo año, o sea de junio de 1929, trataría el tema “la cuestión del referéndum y de la iniciativa popular” conjuntamente con los igualmente miembros profesores Fleiner, Garner y Thoma–. La sesión se levanta a las 11.30 horas.

La sesión plenaria de la tarde se abre a las 14.15 horas. Preside la sesión Gaston Jèze y asisten a ella los señores Álvarez, Barthélemy, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Gascón y Marin, Gronski, Kelsen, Lafferrière, Laun, Mestre, barón Nolde, Romieu, Thoma y Mirkine-Guetzévitch, este último en calidad de secretario. Se inicia con la exposición de Kelsen, que es un resumen de su ponencia y que luego se publica en el *Annuaire* (pp. 52-143).

La primera intervención corresponde a Duguit que en cierto sentido hace un planteo previo, pues cuestiona la clasificación jerárquica del ordenamiento jurídico que sostiene el ponente en relación con las reglas de derecho. Señala que no se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza, sin juntar unas con otras. Según señala Duguit, la tesis de Kelsen reúne en una misma jerarquía cosas muy diferentes; de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) Y de otra parte actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales) que no son reglas. Precisa que el reglamento no ejecuta la ley –como sostiene Kelsen– sino lo completa. A esto contesta Kelsen señalando que la única diferencia entre reglas y los actos que no son reglas es que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que tienen en común el poder ser agrupados en una sola categoría: ser normas. En cuanto al segundo punto precisa que acto de ejecución es decir lo mismo que completar o precisar y añade otros argumentos. A ello replica Duguit tras lo cual el presidente Jèze, propone cerrar esta discusión preliminar que considera necesaria y regresar al objeto propio de la ponencia, o sea, si la garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial o por el contrario a todos los tribunales. Y como segundo punto si la cuestión se presenta en el mismo grado en los estados unitarios como en los estados federales.

A continuación hace uso de la palabra Barthélemy, recordando la importancia del problema, toda vez que no es difícil constatar que fácilmente un poder tiende a desbordarse y a obstruir a otro. Pero entiende que la solución del problema consiste, según su opinión, en que el control de constitucionalidad corra a cargo de los tribunales ordinarios. Estima que la idea de un tribunal especial es

totalmente impensable en Francia y totalmente inviable. Peor aun si se trata de un estado unitario.

Interviene luego Gascón y Marin que discrepa con Barthélemy... dice que España conoce en teoría lo que sostiene este profesor, pero que en la práctica no ha dado buenos resultados, no solo por temor de los jueces, sino por la posibilidad de las sentencias contradictorias, a diferencia de una jurisdicción constitucional única que evita ese inconveniente.

Agrega luego Barthélemy que no es opuesto a la institución de un tribunal constitucional especial, pero lo ve como un procedimiento insuficiente; estima que se podría combinar ambos sistemas, admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.

Luego interviene Fleiner quien expuso la manera como se trataba el tema en el Derecho suizo y en la Constitución de 1874 –vigente en aquella época– centrado sobre todo en el Tribunal Federal y con alcance solo para las leyes cantonales y no para las leyes federales. Agrega que sobre esto último hay un proyecto de reforma constitucional en trámite (pero que no prosperó en ese periodo).

Yendo al punto central del debate, interviene Duguit señalando que él es partidario de la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios, como el mejor remedio para este tipo de control y descarta la posibilidad de un tribunal especial por inoperante y peligroso.

Luego Kelsen, a solicitud del presidente Jèze, da un breve informe sobre los resultados de la experiencia en Austria, señalando que hasta ese momento el funcionamiento del Tribunal Constitucional no ha despertado críticas serias. Apunta luego al modo de elección de los magistrados y se extiende sobre los problemas políticos que estos sistemas conllevan y la manera como en Austria han tratado de soslayarse. Avanzando sobre el tema dice que pueden presentarse problemas en su país por asuntos de orden político. Y que además, el sistema de la excepción de inconstitucionalidad tiene la desventaja de que crea un margen de incertidumbre, pues tanto se declara una ley constitucional como posteriormente se puede llegar a conclusión diferente en un tribunal distinto. El problema que diferencia ambos sistemas, señala Kelsen, es el de la centralización, o sea la concentración de lo contencioso, y también sobre los alcances, toda vez que en el sistema de excepción de inconstitucionalidad se logra un resultado parcial, aplicado al caso, a diferencia del sistema concentrado que tiene un alcance general.

Luego Thoma expone el estado de las tendencias existentes en el Derecho alemán, en donde el control solo se ejerce sobre las leyes de los estados, si bien ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha declarado por sentencia de 1925 que tiene competencia para anular también las leyes del Imperio y sobre lo cual hay ya proyectos para una solución más acorde.

Finalmente Jèze sugiere que el control de constitucionalidad podría hacerse al interior de las propias asambleas legislativas, solución política que estaría alejada del carácter y temperamento conservador que caracterizan a los jueces y también a los juristas.

Cerrando la discusión, Jèze señala que no cree necesario formular conclusiones como se ha hecho en otra oportunidad, pues se trata de un tema donde las opiniones se encuentran muy divididas.

7. LO QUE QUEDÓ DEL DEBATE Y ALGO MÁS

Ahora bien ¿qué se puede sacar en claro luego de este debate, sucinta pero acertadamente recogido en el acta de la sesión del Instituto de 1928 a la cual asistió Kelsen? Pues simplemente que no hubo acuerdo con la tesis kelseniana, que fue objeto de críticas y matizaciones, pero no de una recepción plena y menos aun dentro de los supuestos por él expuestos.

El debate puede analizarse en los dos niveles en que se desarrolló. El primero es de carácter previo, el segundo es de fondo o sustancial.

El primero es una discusión entre Duguit y Kelsen. Se trata nada menos que de Léon Duguit, una de las grandes figuras del Derecho Público francés y además en la cumbre de su fama, pues sus obras se leían y difundían en todas partes. Duguit había nacido en 1859 y ya era hombre mayor cuando interviene en los debates, pues moriría en diciembre de ese mismo año de 1928. Tenía en su haber varias publicaciones, infinidad de actividades y docencia muy calificada en la misma Francia, como lo demuestran las invitaciones de que había sido objeto (no solo dictó conferencias en los Estados Unidos invitado por la Universidad de Columbia, sino lo hizo también en la Argentina y en Madrid, en donde se publicaron sus textos). Era autor de un gran tratado de Derecho Constitucional (la segunda edición se publicó en París en 5 tomos en el período 1921-1925; la tercera la inició en 1927-1928, pero no llegó a concluirla; apareció actualizada a cargo de su hijo en 1930) y que en cierto sentido queda resumido en su *Manual de Derecho Constitucional*, del cual hay cuatro ediciones en francés, la última en 1923 (hay versión castellana publicada en Madrid en 1922 y 1926 y una reciente reimpresión a cargo de la editorial Comares, bastante descuidada). Y claro, lo que puso en evidencia Duguit fue un distinto enfoque teórico del Derecho y una aproximación diferente al planteo de Kelsen y por ende no había posibilidad de entendimiento alguno. Aun más, si bien sugestivo el esquema de Duguit, formulado a fines del siglo XIX y principios del XX, es un hecho que hoy carece de importancia, pues el planteo kelseniano lo ha sobrepasado largamente. En tal sentido, cronológica e intelectualmente, el gran Duguit es pre-kelseniano (por lo menos en este punto).

La tesis de fondo que postula Kelsen es la de un tribunal ad-hoc, especializado y concentrado, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Y aquí las críticas se dividieron en dos: por un lado los que no lo aceptaban (o lo aceptaban muy matizado) y por otro, los que aceptándolo, entendían que eso era válido para los estados federales, mas no para los unitarios. Pero el planteo kelseniano, si bien incidió en la importancia del modelo concentrado en un sistema federal, como lo era Austria en aquel momento, no redujo su utilidad a los estados compuestos, sino a todo tipo de estados.

Sin embargo, si bien no existió una oposición frontal contra la tesis de Kelsen sobre la necesidad de un modelo concentrado como contralor de la constitucionalidad, es evidente que tampoco contó con fervorosos entusiastas. En la práctica, el debate se desvió y se encaminó hacia la defensa de lo que ahora se llama modelo americano, o en terminología francesa “excepción de inconstitucionalidad”, que consiste en dejar que los tribunales ordinarios se encarguen de estos problemas y cuyas sentencias sólo se aplican a la partes. Y no solo eso: afloró también una posición tradicional en la doctrina francesa, refractaria y temerosa de los jueces como es la expresada por Jèze, que sostiene que por temperamento y por tradición, tanto jueces como juristas son demasiados conservadores y reacios al cambio y por eso este problema hay que dejarlo en manos de las asambleas legislativas, o sea, de los políticos. Jèze aquí lo que hizo fue simplemente retratar lo que pasaba en aquel entonces en Francia, mientras que Duguit expresaba un deseo o una aspiración que en ese momento no existía.

En fin, si bien la tesis de Kelsen fue expuesta en un auditorio pequeño pero de muy alta calidad y sobre todo de gran representatividad académica, no encontró mayor eco y ni siquiera fue defendida por otros colegas, a tenor de lo que se desprende del acta publicada. Fue, pues, un esfuerzo importante, pero que no tuvo frutos inmediatos. Pero como todo se publicó en el *Annuaire* del Instituto, el debate fue muy conocido, aun cuando la recepción de su tesis solo fue posible después de la Segunda Guerra Mundial, esto es, a partir de 1945.

Para ese entonces (1945) Kelsen había abandonado Austria, luego Alemania, Checoslovaquia y Suiza, para refugiarse en la hospitalaria comunidad académica norteamericana a la que llegó en 1940. Y se alejó también de estos problemas y se dedicó más a aspectos teóricos del Derecho (en especial de su “Teoría Pura...” de Filosofía Política y sobre todo de Derecho Internacional. Su último planteo en materia de Estado, fue su gran libro sobre el Derecho y el Estado que publicó en inglés en 1945, bajo el auspicio de la Universidad de Harvard. Y que lo hizo sobre todo para ajustar su teoría y actualizarla, acorde con las nuevas tendencias y enfoques que había observado como consecuencia de la guerra y sobre todo de su convivencia con otra familia jurídica: el *common law*.

El interés de Kelsen por el tema del control de constitucionalidad se cierra, por así decirlo, en 1930, cuando empieza un exilio oscilante que termina cuando llega a los Estados Unidos en 1940 y de donde no saldrá más, salvo para cumplir tareas académicas o atendiendo invitaciones del exterior. Y por tanto, no vuelve sobre el tema, con la excepción de un breve ensayo publicado en inglés en 1942 (cf. *Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American constitution*, en “Journal of Politics”, vol. 4, may. 1942, núm. 2, pp. 183-200) en donde lo que hace es ahondar la diferencia que advierte en ambos modelos –y que había adelantado en las discusiones parisinas de 1928– para precisamente señalar la superioridad, por lo menos teórica, del modelo concentrado por él formulado. Y el mencionado libro general de 1945, en donde el tema es tratado algo marginalmente.

8. UNA VICTORIA A LARGO PLAZO

Por esas paradojas del destino, el inmenso esfuerzo desplegado por Kelsen para difundir y exponer su tesis sobre las bondades del modelo concentrado, no tuvo éxito. Es cierto que Austria, su propio país, había optado por el modelo, pero muy pronto, como él mismo lo advirtió, surgirían problemas políticos del cual él fue víctima, pues tuvo que abandonar el Tribunal a principios de 1930, el cual fue lentamente desmantelado hasta que perdió su razón de ser en 1934, para desaparecer finalmente.

En París en donde cifró tan grandes esperanzas, a tal extremo que viajó personalmente para defender sus tesis, tampoco tuvo mayor eco, si bien académicamente sirvió para que sus planteos fuesen conocidos en el resto de Europa, en los Estados Unidos y sobre todo en la América Latina, en donde se incorporó al debate académico a partir de los años cuarenta.

La suerte del modelo concentrado solo sale a relucir tras la Segunda Guerra Mundial: con la Constitución italiana de 1947 y luego con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ambas serían seguidas por otros países, que los imitaron e incluso fueron más allá que los originales planteos kelsenianos. Y que hoy se encuentran ampliamente diseminados en la gran Europa, en la América Latina y en el Oriente.

Francia, país tradicionalmente refractario a los jueces y fiero partidario del control parlamentario y de la supremacía del órgano legislativo, no acusó la influencia kelseniana. Mejor dicho, tuvo cierto eco en el pensamiento jurídico francés, pero el mundo político permaneció infranqueable. En la práctica, el control constitucional en Francia ingresa tímidamente y en forma muy *sui generis* con el Consejo Constitucional creado por la Constitución de 1958. Pero solo en 1971 se inicia un proceso en la cual el Consejo Constitucional se acercará lentamente a lo

que es un tribunal constitucional, como lo demuestra la última reforma constitucional de julio de 2008.

Es decir: París y en consecuencia Francia, fue el lugar escogido por Kelsen para irradiar al mundo su tesis sobre la bondad de un tribunal o corte constitucional. Pero Francia fue de hecho el último país europeo en aceptarla. Lo hizo varios años después de que fuera enunciada, y cuando Kelsen ya estaba jubilado y apartado de toda actividad. Moriría en Berkeley en 1973, cuando la evolución constitucional francesa se encontraba todavía algo distante de lo que fue años después.

Lima, agosto de 2008.

APÉNDICE

Conforme se indica en el texto, se reproducen aquí las actas de las dos sesiones llevadas a cabo en la sede del Instituto Internacional de Derecho Público en París, a las que asistió Kelsen a presentar y debatir su ponencia. Una tercera participación suya para debatir una ponencia de Jèze el día 22 de octubre en donde intervino dos veces no se incluye aquí, pues no tiene relación directa con el tema que nos ocupa.

Estas dos sesiones del 20 de octubre de 1928 (mañana y tarde) fueron publicadas en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* (Les Presses Universitaires de France, Paris 1929, pp. 187-201). El mismo número del *Annuaire* publica la famosa ponencia de Kelsen sobre “la garantía jurisdiccional de la Constitución”, objeto precisamente de debate en el Instituto.

De estas dos sesiones, ha sido traducida únicamente la segunda y además en forma incompleta: la primera vez lo fue en el libro compilativo de Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 1981; la segunda en el libro igualmente compilativo de Kelsen titulado: *Jurisdição Constitucional*, Edit. Martin Fontes, São Paulo 2003. No existe, de lo que sepamos, traducción al castellano.

Los textos de las actas me fueron proporcionados gentilmente por Alfonso Herrera García, con paciencia y pericia. La traducción del francés al castellano corrió a cargo de mi colega Luis García-Corrochano Moyano, con dedicación y esmero. A ambos mi sincero reconocimiento. **(D.G.B.)**

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO

Sesión de 1928⁽¹⁾

La sesión del Instituto Internacional de Derecho Público es abierta el 20 de octubre de 1928 a las 10.15 horas, en la Sala de Fiestas de la Facultad de Derecho (de la Universidad) de París, bajo la presidencia del profesor Gaston Jèze, Presidente del Instituto.

D) SESIÓN DEL SÁBADO 20 DE OCTUBRE, POR LA MAÑANA

La primera sesión se dedica exclusivamente a los asuntos administrativos. Conforme a los Estatutos, asisten solo los miembros del Consejo Directivo y los miembros titulares. Presentes: Señores Álvarez, Barthélemy, Duguit, Fleiner, Gascón y Marín, G. Jèze, Kelsen, Laun, Mirkine-Guetzévitch, barón Nolde, Politis, Romieu y Thoma.

El Presidente abre la sesión y da la palabra al Sr. Mirkine-Guetzévitch, Secretario general, que lee las excusas de los miembros impedidos de asistir a la sesión, así como el acta de la sesión del Consejo Directivo celebrado la víspera, 19 de octubre.

Respecto de la reelección del Consejo Directivo, el Presidente propone a la Asamblea del Instituto que, sin modificar los Estatutos y a título de simple práctica, el Consejo Directivo sea mantenido en funciones durante tres años. Esta proposición es aprobada.

Se procede enseguida a la elección de siete nuevos miembros asociados y de un miembro titular. Son elegidos por unanimidad de los miembros que votan personalmente o por correspondencia, como miembros asociados, y a propuesta del Consejo Directivo:

Los Sres. Burckhardt, profesor de la Universidad de Berna; Gonzáles Calderón, profesor de la Universidad de Buenos Aires; Herrnritt, profesor de la Universidad de Viena; Pitamic, profesor de la Universidad de Liubliana; Scelle, profesor de la Universidad de Dijon; Stainoff, profesor de la Universidad de Sofía; Weyr, profesor de la Universidad de Brno.

Y es elegido miembro titular por unanimidad de los miembros que votan personalmente o por correspondencia, como miembro titular, a propuesta del Consejo

(1) Las actas fueron redactadas por el Jefe del Servicio del secretariado del Instituto, Sr. Ch. Eisenmann, encargado de curso en la Facultad de Derecho de Caen, con la colaboración de la Sra. Jacqueline Ch. Rousseau, doctora en derecho, de los Sres. René Capitant y Paul de Lapradelle, doctores en Derecho, y de los Sres. Léo Goldenberg y el barón Emmanuel Nolde.

Directivo, el Sr. L. Rolland, profesor de la Facultad de Derecho de París, Tesorero del Instituto.

El presidente hizo llegar al Sr. Rolland, a nombre del Instituto, la expresión de su más sincero pesar por la enfermedad que lo tiene alejado de los trabajos del Instituto.

El Sr. Mirkine-Guetzévitch da lectura a su informe sobre la actividad del Instituto desde su fundación:

- 1° Conforme a los deseos expresados por la Asamblea en su primera sesión, el Secretario general ha comenzado a recopilar los textos constitucionales de los diferentes países por medio de los miembros del Instituto.
- 2° El Secretario general expone que ha sido encargado por el Consejo Directivo de estudiar la posibilidad para el Instituto de publicar anualmente, con la colaboración de todos sus miembros, un *Anuario* que contenga todas las reformas constitucionales, las principales leyes que interesen al Derecho público, y las decisiones más importantes de la jurisprudencia constitucional y administrativa; las gestiones que ha emprendido permiten esperar el éxito del proyecto.
- 3° El Secretario general indica que la mayoría de los miembros han enviado las reseñas solicitadas sobre su actividad científica, sus trabajos, cursos, conferencias, publicaciones, etc.
- 4° Debe conocerse que el Instituto ha encontrado un apoyo particularmente importante de la prensa, tanto cotidiana como jurídica.
- 5° Desde la fundación del Instituto, se tiene relaciones frecuentes de correspondencia con las diversas organizaciones nacionales e internacionales, especialmente con la Sección jurídica de la Sociedad de Naciones, con el Instituto de Cooperación Intelectual y con diversas Universidades y Facultades.
- 6° Los particulares se dirigen usualmente al Instituto para obtener información, sea sobre cuestiones teóricas, sea sobre la bibliografía de Derecho Público; el Secretario general hace todo lo posible para satisfacer esos pedidos.

El Sr. Gaston Jèze insiste en el valor documental y científico único que tendrá el *Anuario* del Instituto y sobre la necesidad de que todos los miembros comuniquen al Secretario general los documentos que sean útiles a esa publicación.

El Tesorero se encontró, en razón de su estado de salud, en la imposibilidad de dar una cuenta definitiva; el Presidente propuso aprobar provisoriamente la cuenta aproximada presentada al Consejo Directivo del 19 de octubre. Se aprobó la proposición.

El Secretario general presenta un informe que, conforme a la decisión tomada en la sesión precedente, elaboró con la colaboración de los Sres. barón Nolde y Politis, sobre el Reglamento interno del Instituto. Luego de algunas enmiendas y bajo la reserva indicada por el Presidente de que las disposiciones del proyecto deben ser

reagrupadas por el objeto, los diferentes artículos del Reglamento y luego el Reglamento en su conjunto son puestos al voto y aprobados.

La Asamblea examina enseguida la cuestión de la fijación de la fecha y del orden del día de la próxima sesión del Instituto en 1929. La Asamblea decide tener su próxima sesión la última semana de junio de 1929, y encargar al Consejo Directivo fijar la fecha exacta de instalación. El orden del día comprende la discusión de las ponencias siguientes:

La Regla de Derecho y el Derecho Objetivo. Ponente: Sr. L. Duguit;

Valor teórico y práctico del principio de separación de poderes y su aplicación en el Derecho Público de los Estados modernos. Ponente: Sr. Redlich;

El alcance de las reglas de Derecho Constitucional sobre la celebración y ratificación de los tratados internacionales. Ponentes: Sres. Politis y Schucking;

La crisis de los gobiernos representativos y parlamentarios en las democracias modernas. Ponentes: Sres. Barthélemy y Lawrence Lowell;

La cuestión de referéndum y de la iniciativa popular. Ponentes: Sres. Fleiner, Garner, Kelsen y Thoma.

El papel político de las Comisiones parlamentarias. Ponentes: Sres. Barthélemy, Kauffman, Merkl y Rolland.

Sobre la proposición del Sr. Álvarez, la Asamblea decide poner en la orden del día el estudio crítico de las *Declaraciones de Derechos del Hombre*, y sobre la proposición del Sr. Jèze, que las diferentes libertades individuales sean estudiadas sucesivamente, comenzando por *la Propiedad*. Ponentes: Sres. Álvarez, Fleiner, Gascón y Marín y Mirkine-Guetzévitch.

La sesión se levanta a las 11.30 horas.

II) SESIÓN PLENARIA DEL SÁBADO 20 DE OCTUBRE DE 1928, POR LA TARDE

La sesión se abre a las 14.15 horas, por el Sr. Gaston Jèze, Presidente del Instituto.

Presentes: Señores Álvarez, Barthélemy, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Gascón y Marín, Gronski, Jèze, Kelsen, Laferrière, Laun, Mestre, Mirkine-Guetzévitch, barón Nolde, Romieu y Thoma.

El Sr. Jèze dio la bienvenida a los miembros presentes y agradeció en especial a los miembros extranjeros venidos de diferentes países.

El Sr. Mirkine-Guetzévich dio lectura al acta de la sesión administrativa de la mañana.

El Sr. Jèze insistió nuevamente en el tema del Anuario del Instituto y la necesidad de que todos los miembros colaboren activamente en él.

Discusión de la ponencia del Sr. Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución “(La justicia constitucional) ()*

El Sr. Kelsen resume su ponencia.

El Presidente expresa su agradecimiento al expositor y declara abierta la discusión sobre la ponencia.

El Sr. Duguit solicita que antes de iniciar la discusión de los diferentes modos de posible organización de la justicia constitucional, se discuta la cuestión de la clasificación jerárquica (*Stufenbau*) de las reglas de Derecho. Al respecto, declara que no puede adherirse a los puntos de vista del ponente. No se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza ni juntar unas con las otras. Ahora bien, la teoría defendida por Kelsen reúne en una misma jerarquía dos cosas muy diferentes: de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) y de otra parte, los actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales), que no son reglas. Para hacerlo invoca la idea de que cada grado de reglas de Derecho constituye la ejecución de las reglas de grados superiores; pero esa es una idea inexacta de las reglas propiamente dichas: el reglamento, por ejemplo, no ejecuta la ley, la completa; es inexacta en las relaciones de las reglas y de los actos jurídicos que es necesario aislar *a fortiori*.

El Sr. Kelsen respondió – sobre el primer punto – que la única diferencia entre las reglas y los actos jurídicos consiste en que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que ellos tienen un carácter común que permite agruparlos en una misma jerarquía: su carácter de normas. Los actos administrativos o jurisdiccionales no son reglas de Derecho, pero son –como las reglas de Derecho– normas jurídicas: la regla es una norma general, el acto jurídico es una norma especial o individual. La norma se define en efecto muy simplemente: un imperativo, un *Sollen*; entonces, un imperativo puede ser individual, especial, como también general. El Derecho existe en forma general y en forma individual. En cuanto a la segunda objeción del Sr. Duguit, el Sr. Kelsen responde que todo acto de ejecución o de aplicación (dos términos equivalentes) comprende, al lado de los elementos que ya están contenidos en la norma que él ejecuta o aplica, los elementos nuevos que le son propios y que se agregan a los elementos anteriores del ordenamiento jurídico. Decir que un acto es un acto de ejecución

(*) El texto de Kelsen se publica en este *Annuaire* a pp. 52-143, y es la misma versión publicada el año anterior en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928. (N. del A.)

o de aplicación de una cierta norma, es decir únicamente que él la ha concretado o que la ha individualizado; aplicar, ejecutar una norma, no es simplemente reproducirla, es agregar alguna cosa que ella no contenía. En eso consiste todo el proceso de creación del Derecho, que va de la elaboración de la Constitución hasta la ejecución material, fin del sistema de Derecho, hecho material y no norma –gracias a la cual el Derecho, al entrar en contacto con la realidad material, se inserta en ella–. Si el acto administrativo, por ejemplo, no es una norma y ejecución de normas, no podemos ver en él un fenómeno jurídico; pues el Derecho es en su esencia norma. Finalmente, el Sr. Kelsen observa que la teoría según la cual el acto administrativo no sería un acto de ejecución de la ley ha estado a menudo inspirada por segundas intenciones políticas, a saber, la idea de hacer aparecer a la Administración como no estando ligada por las normas jurídicas generales, por las leyes.

El Sr. Duguit mantiene su punto de vista: la cuestión de la terminología le importa poco; pero persiste en pensar que las reglas (normas generales) y los actos jurídicos (normas individuales) son cosas diferentes, que no se podría jerarquizar; que el reglamento que organiza un servicio público que en principio la ley ha creado no ejecuta dicha ley; que no puede entenderse por ejecución más que la realización de un acto material prescrito por la ley. Declara finalmente no ver como, calificando un acto administrativo de *norma*, se protege mejor al administrado contra la arbitrariedad de la administración.

El Sr. Jèze propone cerrar esta discusión preliminar, que sin embargo es necesaria, y regresar al problema mismo, que es objeto de la ponencia. La cuestión que domina el debate es la siguiente: ¿La garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial, o por el contrario a todos los tribunales? ¿La cuestión se presenta de la misma manera en los Estados unitarios que en los Estados federales?

El Sr. Barthélemy insiste sobre el interés eminentemente actual del problema: en casi todos los países se constata que un poder tiende a desbordar y obstruir a los otros, sea el Legislativo sobre el Ejecutivo, o viceversa. Se pronuncia a favor del control de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales ordinarios: la institución de un tribunal especial no ha sido ni será jamás en Francia más que un engaño. Y en los Estados unitarios, no se ve porqué establecer un tribunal de ese tipo; con el otro sistema, no existe tal dificultad.

El Sr. Gascón y Marín no está de acuerdo con el Sr. Barthélemy. España conoce, en teoría, el sistema que él preconiza; en la práctica, no ha dado buenos resultados, pues los jueces no hacen uso de sus poderes. Además, ese sistema abre la puerta a las contradicciones de las sentencias, mientras una jurisdicción constitucional única permite evitar ese grave inconveniente.

El Sr. Barthélemy declara que no es opuesto a la institución de un tribunal constitucional especial, pero ve en él solo un procedimiento insuficiente. Se pueden combinar ambos sistemas admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.

El Sr. Fleiner expuso las soluciones del Derecho suizo en la materia. Todo ciudadano que se considera vulnerado en sus derechos individuales puede, según la Constitución de 1874, formular ante la Sección de Derecho Público del Tribunal Federal, el “recurso de derecho público”. Si el recurso se ha presentado dentro de los sesenta días, el Tribunal Federal puede anular la ley sobre la misma base que la decisión administrativa o jurisdiccional ha sido tomada, a condición de que se trate de una ley cantonal; transcurrido ese plazo, no puede anular más que la decisión misma. Las leyes federales no están sometidas a ese control de constitucionalidad; pero una demanda de reforma de la Constitución Federal con el objeto de otorgar ese poder de control al Tribunal Federal, se encuentra actualmente en curso.

El Sr. Duguit se declara partidario del sistema de excepción de inconstitucionalidad puesto en práctica ante y por los tribunales ordinarios; él condena el sistema de la acción de nulidad por inconstitucionalidad; por tanto la institución de una jurisdicción constitucional especial será inoperante o muy peligrosa porque se transformará en una tercera –o primera– asamblea política.

A solicitud del Sr. Jèze, el Sr. Kelsen expone los resultados que ha dado en Austria el Tribunal Constitucional creada por la Constitución de 1920 y las conclusiones que se pueden sacar de esa experiencia actualmente única. Hasta ahora el funcionamiento de este Tribunal –que puede anular tanto las leyes federales como las leyes de los estados– no ha provocado críticas serias. Sin duda, la intromisión de la política en el transcurso de los procesos es un peligro innegable del sistema que se debe considerar. Pero ¿el ejercicio del control por los tribunales ordinarios está a salvo de ese peligro? ¿No tienen los jueces una orientación y prejuicios políticos? ¿No lo prueba el ejemplo de la Corte Suprema de los Estados Unidos? El problema esencial es el de la composición de la jurisdicción constitucional; en Austria, los jueces del Tribunal son elegidos por el Parlamento, pero solamente seis de ellos, sobre veinte, pueden ser elegidos entre los miembros de las Asambleas legislativas, los otros catorce son generalmente juristas profesionales, elegidos especialmente entre los profesores de Derecho público. Entonces son los miembros no parlamentarios la mayoría y toman las decisiones; los miembros parlamentarios de los partidos opositores constituyen el equilibrio. La Constitución austriaca ha dado su lugar a la política, le ha acordado un lugar oficial en la composición del Tribunal, lo que tiene la ventaja de permitir a sus miembros no parlamentarios no tener en cuenta los intereses políticos en juego, pues natural-

mente son los miembros parlamentarios quienes los toman en consideración. Hasta aquí el sistema ha dado resultados muy satisfactorios. Sin embargo, ahora los partidos políticos comienzan a hacer esfuerzos por instalar en los lugares donde los parlamentarios son excluidos, partidarios oficiales u oficiosos: ese es un grave peligro. El ponente señala que en su opinión, la objeción capital a que se presta el sistema de la excepción de inconstitucionalidad es la incertidumbre y la inseguridad del Derecho al que se arribe, pues la Corte de Casación que en cierta medida cumpliría esa función de regulador de la jurisprudencia constitucional podría, por motivos políticos, dar soluciones sucesivas contradictorias. Resulta funesto para los ciudadanos que una ley sea declarada tan pronto constitucional como inconstitucional, y la cuestión de la constitucionalidad interesa no solamente a los partidos [políticos] sino a todos los ciudadanos. Admitir la incertidumbre sobre ese punto es consentir la ruina de la Constitución. Por lo tanto la diferencia técnica si no política entre los dos sistemas es poco considerable, ella versa simplemente sobre la centralización, sobre la concentración de los contenciosos, y en segundo lugar, sobre el alcance del juzgamiento emitido, pues en el sistema de excepción de inconstitucionalidad hay anulación de la ley, pero anulación parcial, limitada al caso. El sistema del Tribunal Constitucional especial consiste simplemente en centralizar y dar un alcance general al control de la constitucionalidad.

El Sr. Thoma expuso el estado de las tendencias del Derecho alemán sobre ese punto. Hasta ahora, el control de la constitucionalidad solo se ejerce en Alemania sobre las leyes provinciales (de los estados) (*Landesgesetze*), más precisamente sobre su conformidad con las leyes del Imperio (*Reichsgesetze*) es el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) de Leipzig el que ha recibido la competencia para ejercer ese control; sus decisiones son publicadas en el Diario Oficial (*Bulletin des Lois*) y tienen fuerza de ley. Ellas [las decisiones] hasta el presente no han suscitado críticas. En cierta medida, ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha afirmado, por sentencia de 29 de noviembre de 1925, que tiene competencia para examinar la constitucionalidad de las leyes del Imperio. Por la misma época el Gobierno presentó un proyecto de ley, que pronto será retomado por el Gobierno actual, y que tenderá a prohibir el control a los tribunales del Imperio para concentrarlo en las manos del *Staatsgerichtshof*, [Tribunal del Estado] tribunal no permanente compuesto por una mitad de jueces jurisdiccionales y otra mitad de jueces administrativos. Esta composición de la jurisdicción constitucional –exclusión de los parlamentarios, participación de magistrados y también de profesores– representa un progreso sobre la organización austríaca, cuyo principio debe ser aprobado.

El Sr. Barthélemy indica que en su opinión, si una jurisdicción constitucional única es indispensable en los Estados federales, esa solución no es adecuada para los Estados unitarios.

El Sr. Jèze sugiere que se podría considerar organizar el control de la constitucionalidad al interior de las mismas asambleas legislativas, es decir, una garantía política de la Constitución, permitiendo a una minoría demandar un voto por mayoría calificada sobre la cuestión de saber si una u otra ley debe ser votada por mayoría calificada. Pues se debe desconfiar del espíritu conservador de los jueces y también de los juristas, que son por tendencia natural tradicionales e inclinados a inmovilizar la interpretación de los textos: es peligroso confiarles la misión de decir el Derecho en materia política.

El Sr. Jèze declara cerrada la discusión y no cree necesario formular resoluciones sobre una cuestión donde las opiniones se encuentran tan divididas.

La sesión se levanta a las 17.15. horas (*)

(*) El *Annuaire* incluye también el acta de la sesión del Instituto de 22 de octubre de 1928, (pp. 202-211) dedicado a la lectura y discusión del texto de G. Jèze sobre “La signification juridique des libertés publiques”. En dicha sesión participa Kelsen e interviene en dos oportunidades. (N. del A.)

EL CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN MÉXICO. TIPOLOGÍA DE RESOLUCIONES

A Diego Valadés, jurista ejemplar.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (*)
(México)

RUBÉN SÁNCHEZ GIL ()**
(México)

SUMARIO: **I.** Las reformas judiciales mexicanas (1994, 1996 y 2006). **II.** Naturaleza de la acción de inconstitucionalidad. **III.** La sentencia constitucional. **IV.** Las sentencias de acción de inconstitucionalidad. **V.** Tipología específica de resoluciones en acción de inconstitucionalidad.

I. LAS REFORMAS JUDICIALES MEXICANAS (1994, 1996 Y 2006)

La reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, constituye la reforma más importante para el poder judicial en los últimos años en México. Porque es consabido su contenido no nos detendremos en sus implicaciones jurídicas y políticas, sino sólo destacaremos algunas cuestiones indispensables para poner en contexto la operación del control abstracto de inconstitucionalidad de leyes, conocido en México como “acción de inconstitucionalidad”.

(*) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la misma Universidad (eferrerm@servidor.unam.mx).

(**) Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (rasg75@hotmail.com).

De acuerdo con la iniciativa del presidente Ernesto Zedillo, la reforma constitucional de 1994 tuvo por finalidad general “incorporar a nuestro orden jurídico los valores y funciones característicos del Estado constitucional de nuestros días”, en la inteligencia de que así “se nutrirá una auténtica cultura constitucional que permee la vida nacional”⁽¹⁾. Básicamente, este objetivo se pretendió lograr, y efectivamente se hizo en muy buena proporción, a través de dos reformas fundamentales:

- (1) la ampliación de la procedencia de la controversia constitucional (art. 105, fr. I, constitucional), cuyo uso estaba limitado en México –desde 1917 hasta dicha reforma sólo se habían presentado poco más de cuarenta de ellas y sólo en un caso se dictó sentencia de fondo–⁽²⁾. El número de controversias constitucionales desde la reforma aludida ha sido fluctuante: 1995 (19), 1996 (57), 1997 (36), 1998 (29), 1999 (37), 2000 (37), 2001 (370); 2002 (67), 2003 (112), 2004 (109), 2005 (83), 2006 (153) y 2007 (97); dando un total de 1,206 y un promedio de 92.7 controversias constitucionales al año⁽³⁾.
- (2) la creación en México de la acción de inconstitucionalidad (art. 105, fr. II.). Como veremos con detalle en el siguiente epígrafe, este proceso constituye un control abstracto de la validez constitucional de leyes y tratados internacionales, es decir previo e independiente a la aplicación de sus disposiciones, y ha sido muy utilizado en México y de manera creciente desde su aparición: 1995 (1), 1996 (10), 1997 (10), 1998 (17), 1999 (41), 2000 (40), 2001 (35), 2002 (26), 2003 (26), 2004 (30), 2005 (39), 2006 (59) y

(1) Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. XIII, p. 158 (cursivas añadidas).

(2) *Cfr. Cuadro estadístico de asuntos relativos a controversias constitucionales entre 1917-1994*, México, SCJN, 2000. Sólo en la controversia constitucional 2/1932, promovida por el Procurador General de la República, en su carácter de representante de la Federación, contra la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos de 31 de febrero de 1932, el Pleno de la Suprema Corte resolvió que la ley emitida por la Legislatura del Estado de Oaxaca invadía “la esfera de acción constitucional de las Autoridades Federales” (pp. 123-153). Las resoluciones de las controversias constitucionales iniciadas entre 1917 y 1994 están disponibles en la página de internet en la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/ControversiasConstitucionales/ControversiasConstitucionales1917-1994.htm>.

(3) A principios de septiembre de 2008, se han presentado cerca de 130 controversias constitucionales.

(4) Resulta relevante el incremento en el año 2007, representaron la mitad de la labor total del Pleno de la Suprema Corte, de acuerdo con el correspondiente *Informe 2007* del ministro presidente Ortiz Mayagoitia (pp. 9-10).

2007 (171)⁽⁴⁾; lo que da un total de 491 y un promedio de 37.7 acciones de inconstitucionalidad por año⁽⁵⁾.

Otra reforma judicial muy importante es la del 22 de agosto de 1996, enfocada en realidad a la materia electoral. Aparte de la expresión de principios relativos a este ámbito y la creación de todo un sistema de medios de impugnación en él –de ella surgió el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación–, modificó la procedencia de la acción de inconstitucionalidad para permitir que a su través se impugnen leyes electorales, lo que representó una gran novedad en el sistema jurídico mexicano, legitimando también a los partidos políticos para promoverla en esta materia. Con esta reforma, al no quedar ya acto de poder fuera del posible conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea en amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad –por su conocimiento natural o ejerciendo su facultad de atracción–, y darse así a este órgano jurisdiccional las condiciones para que siempre pueda dar la *interpretación definitiva de las normas constitucionales*⁽⁶⁾; se erigió a la Corte como auténtico “tribunal constitucional”, conforme el entendimiento actual de dicho término –mucho más extenso que el tradicional y primigenio, de carácter formal, que imperó por largo tiempo en Europa–⁽⁷⁾.

Aunque no tanto como las anteriores, la reforma constitucional publicada el 14 de septiembre de 2006 también es importante para la acción de inconstitucionalidad. Se legitimó a las Comisiones de Derechos Humanos –federales y locales– para promoverla contra leyes que “vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución”; y dio la posibilidad de que sean reclamadas

(5) A principios de septiembre de 2008, se han presentado poco más de 100 acciones de inconstitucionalidad.

(6) La notoria excepción serían –porque no puede afirmarse que así sea en todo caso ni que la discusión esté cerrada– las “cuestiones políticas” *stricto sensu*, que la Suprema Corte estima que son las constitucionalmente reconocidas como incluidas en “categorías decisionistas de índole subjetiva, basadas sustancialmente en razones de oportunidad”, inimpugnables a través de la controversia constitucional y el juicio de amparo en ciertas condiciones. Véanse el art. 73, fr. VIII, de la Ley de Amparo; Declaración de procedencia. Los actos emitidos por la cámara de diputados y la sección instructora durante el procedimiento relativo son inatacables, incluso a través del juicio de amparo, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis P./J. 100/2004, página 6; y las tesis derivadas de la controversia constitucional 140/2006, publicadas en *idem*, 9a. época, t. XXVII, abril de 2008, pp. 1779-1780.

(7) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 55-57.

muchas más leyes –en especial aquellas que los legisladores o los partidos no tienen interés práctico de reclamar o cuyos vicios no hubieran advertido–⁽⁸⁾.

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El objeto de esta vía es controlar la regularidad constitucional de las normas generales limitativamente relacionadas en la fracción II del artículo 105 constitucional: tratados internacionales y leyes en sentido estricto⁽⁹⁾, que produzcan un conflicto normativo actual por haber sido ya publicadas y ser de inexorable vigencia⁽¹⁰⁾; constituye un medio de control abstracto de la constitucionalidad de tales actos, es decir que no se refiere a la incidencia de la norma a un caso concreto. Su alcance es materialmente universal ya que en ella es impugnabile la violación de *cualquier norma constitucional*, sin importar si pertenece a la parte dogmática u orgánica de la ley fundamental o bien violaciones a normas ordinarias o locales pero siempre que estén “vinculadas de un modo fundamental” a la ley impugnada⁽¹¹⁾. Y este procedimiento puede ser instado sólo por determinados sujetos legitimados en la mencionada fracción constitucional: (1) el 33% de los integrantes de la legislatura que emitió la norma impugnada, (2) el Procurador General de la República, (3) los partidos políticos –únicamente tratándose de leyes electorales– y (4) las Comisiones

(8) Acerca de esta reforma y sus implicaciones, véase Sánchez Gil, Rubén, “El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad”, en Astudillo, César, y Carbonell, Miguel (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad* México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 145-158.

(9) Es decir, no procede contra reglamentos u otros ordenamientos generales administrativos. Véanse Acción de inconstitucionalidad. Sólo procede contra normas generales que tengan el carácter de leyes o de tratados internacionales, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 17, p. 18; y Acción de inconstitucionalidad. Procede contra normas generales y no contra sus actos de aplicación emitidos por las autoridades electorales, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 18, p. 20.

(10) Acción de inconstitucionalidad. No procede contra un decreto que abroga un proyecto de ley que, aunque fue aprobado por el congreso local, no se publicó en el periódico oficial (legislación del estado de jalisco), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P/J. 103/2006, p. 1563.

(11) Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla pueden plantear la contradicción de las normas generales frente a la constitución federal, ya sea en relación con su parte dogmática u orgánica, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 13, p. 16; y Acción de inconstitucionalidad. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la constitución política de los estados unidos mexicanos, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con la ley reclamada, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 9, p. 11.

Nacional y locales de Derechos Humanos—sólo de aquellas que violen “los derechos humanos establecidos en la Constitución”—⁽¹²⁾.

Su naturaleza procesal es doctrinalmente disputada. La idea establecida⁽¹³⁾ es que la acción de inconstitucionalidad no es un “proceso” sino un “procedimiento”, porque en ella no se resuelve un conflicto relacionado con el interés personal directo o indirecto de las partes—ninguno de quienes la instan hace valer un supuesto derecho propio, como en el amparo o la controversia constitucional (y aun en ésta no es tan claro)—; a esta concepción se ha alineado la Corte mexicana para determinar la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad⁽¹⁴⁾. En la actualidad esta posición no es tan firme, al admitirse ya la posibilidad de que existan “procesos de contenido objetivo” por no tener como objeto resolver sobre el *status* de las personas sino el de las normas—y tal sería el caso de el procedimiento que nos ocupa—, que rompen el tradicional esquema trilateral del proceso y elimina el carácter de “partes” en sentido estrictamente técnico (según el interés propio que tengan en el litigio); la acción de inconstitucionalidad ciertamente no es un proceso “subjetivo” en el que se dirima una contradicción de intereses propios de los contendientes y establezca la situación jurídica que éstos deban guardar, sino tiene por objeto decidir si una norma legal o internacional es acorde con la Constitución y por lo tanto formar parte del sistema jurídico que ésta funda; pero con todo existe una contienda⁽¹⁵⁾ sobre la validez de las normas impugnadas que no puede ser iniciada por cualquiera sino exclusivamente por sujetos

(12) Véase Acción de inconstitucionalidad. Quiénes se encuentran legitimados para promoverla atendiendo al ámbito de la norma impugnada”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 7/2007, p. 1513.

(13) Fijada por la doctrina y jurisprudencia alemanas: Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 87; Fleury, Roland, *Verfassungsprozessrecht*, 6a. ed., Múnich/Unterschleißheim, Luchterhand, 2004, p. 25; y BVerfGE 1, 396 (407 y 414).

(14) Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla sólo están facultadas para denunciar la posible contradicción entre una norma general y la propia constitución, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 11, p. 13; Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 75, p. 73; y Acción de inconstitucionalidad. Los diputados que conformen el treinta y tres por ciento de la integración de una legislatura estatal tienen legitimación para promoverla, aun cuando no hubieran votado en contra de la norma general impugnada, Pleno, *idem*, t. I, tesis 14, p. 16.

(15) Usando una concepción moderna y más amplia de “litigio”, entendiéndolo como la “existencia de una pretensión y una resistencia [a ella]”, que en la acción de inconstitucionalidad la primera sería la intención de sus promotores de que se invaliden las normas impugnadas. *Cfr.* Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 116-117.

particularmente legitimados por su especial situación jurídica, que se dirimiría por medio de este instrumento de control en defensa de la constitucionalidad y el interés general en que ésta subsista⁽¹⁶⁾.

III. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Antes de abordar propiamente los aspectos específicos de la sentencia dictada en los procesos de *acción de inconstitucionalidad* es necesario referirnos, aunque sea brevemente, a la naturaleza jurídica de las sentencias en general y de las constitucionales en particular⁽¹⁷⁾. Igualmente debe considerarse que lo dicho en adelante, aunque específicamente referido a este procedimiento, guardando las debidas distancias también podría ser aplicable a la *controversia constitucional* y el *juicio de amparo* en tanto versen sobre normas generales; pero nos enfocamos principalmente a la acción de inconstitucionalidad ya que, por su carácter abstracto, la problemática a que da lugar es más rica y por consiguiente paradigmática de las cuestiones que plantea la actividad que hogaño desempeñan los tribunales constitucionales⁽¹⁸⁾.

En lo que aquí interesa, es necesario destacar que la “sentencia” como categoría procesal se entiende referida dentro de la concepción genérica de las “actuaciones procesales”, y de manera particular como una especie de “resolución judicial”. Las actuaciones judiciales son todos los actos que lleva a cabo un órgano jurisdiccional, comprendiendo un amplio espectro: comunicaciones procesales, resoluciones, audiencias, ejecución de actos, etc.; las resoluciones judiciales, por lo tanto, constituyen un tipo de actuación judicial: aquel por el cual el tribunal decide cualquier cosa en el curso de un proceso⁽¹⁹⁾.

Dentro del género de “resoluciones judiciales” se encuentran las sentencias como una de sus especies. Si bien existe cierta confusión terminológica y conceptual entre los diversos códigos procesales, como en la que incurre el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal⁽²⁰⁾, la doctrina más segura dentro del

(16) Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, en Astudillo y Carbonell (coords.), *op. cit.*, nota 8, pp. 14-21.

(17) En cuanto a este tipo de sentencias, véase Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 (en prensa).

(18) *Cfr.* Schlaich, *op. cit.*, nota 13, p. 261.

(19) Véase Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 5a. reimpresión de la 10a. ed., México, Oxford, 2007, pp. 325-326.

(20) El artículo 79 del referido Código distingue entre (1) decretos; (2) autos provisionales; (3) autos definitivos; (4) autos preparatorios; (5) sentencias interlocutorias; y (6) sentencias

procesalismo científico contemporáneo clasifica las resoluciones judiciales en tres tipos: (1) *decretos*, si se refieren a simples determinaciones de trámite; (2) *autos*, cuando decidan cualquier aspecto del negocio, salvo el fondo; y (3) *sentencias*, cuando decidan el fondo del negocio⁽²¹⁾. Esta clasificación es la más adecuada para el derecho procesal constitucional mexicano, no sólo por ser ampliamente sostenida en la doctrina por su sencillez, sino también porque la sigue el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional (LR105) en términos de su artículo 1o. *in fine*.

A su vez, pueden distinguirse diversos tipos de sentencia según diferentes criterios, como su naturaleza (como acto jurídico y como documento), finalidad (declarativas, constitutivas, de condena o mixtas), resultado (estimatoria o desestimatoria), funciones (definitivas o firmes), estructura (preámbulo, resultando, considerandos y puntos resolutivos), requisitos materiales (congruencia, motivación y exhaustividad), eficacia (cosa juzgada) y efectos (*inter partes*, expansivos, generales, etc.), entre otros. Por este motivo, el término “sentencia” adquiere gran equívocidad y en determinados contextos su empleo sucesivo podría no referir el mismo objeto.

En principio, puede sostenerse que la naturaleza de la sentencia constitucional comparte las características propias de las “resoluciones judiciales”, como se ha construido desde la teoría del derecho procesal, y por consiguiente le son aplicables las categorías generales antes mencionadas. Sin embargo y aunque lo anterior puede tomarse como punto de partida, debe atenderse que la complejidad de los procesos constitucionales en comparación con los “ordinarios” se refleja también en sus resoluciones finales; generalmente, en los últimos la litis se centra en uno o muy pocos puntos jurídicos que son decididos por los tribunales de una manera simple, y en cambio en materia constitucional –sobre todo cuando se trata de la impugnación de normas generales en abstracto, por su sola vigencia–, una “sentencia” entendida muy ampliamente como el documento que contiene *grosso modo* la resolución final del proceso, puede contener diversos tipos de decisiones: sentencias o autos; como explicaremos a continuación.

En el plano constitucional, en un sentido *estrictamente material* es una sentencia la decisión por la cual el tribunal *resuelve de manera vinculante el litigio que se le plantea y acoge la pretensión de una de las partes* (la acción de

definitivas. Esta clasificación ha sido criticada por la doctrina por su complejidad que confunde la naturaleza propia de las resoluciones.

(21) Por lo que hace a nuestro país *cfr.*, entre otros, Gómez Lara, *loc. cit.*, nota 19; y Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford, 2006, pp. 295-296.

inconstitucionalidad, como ya vimos, puede tenerse como una controversia de carácter “objetivo”), teniéndola como la correcta aplicación del derecho relevante. En ocasiones, luego de transcurridas las etapas procesales correspondientes, los juzgadores constitucionales dictan una “sentencia” en sentido *formal* que sería un documento en el cual se contiene su decisión de dar fin al proceso y los motivos por los cuales llega a esa conclusión, pero la terminación del proceso no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la litis ni el acogimiento de la pretensión de una de las partes; un ejemplo habitual de lo anterior puede ser la “sentencia” del juicio de amparo en que, luego de la audiencia constitucional, se resuelve el sobreseimiento por improcedencia de este proceso constitucional.

En términos generales, la sentencia constitucional desde el punto de vista material es la decisión por la que un tribunal –entre nosotros: la Suprema Corte u otro órgano con jurisdicción constitucional– *resuelve* el problema de fondo, y así constituye un tipo de resolución que debe distinguirse de los decretos (meros acuerdos de trámite) y los autos (que deciden cuestiones trascendentes en el procedimiento, mas no definen el litigio), incluyéndose entre los últimos los autos de sobreseimiento, que de manera teóricamente inapropiada se suelen considerar como “sentencias” –tanto en juicio de amparo, e idealmente también en la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad–. La confusión parece provenir de que la sentencia entendida formalmente como documento, puede incluir diversas decisiones que dirimen cada uno de los aspectos litigiosos planteados que en los procesos constitucionales pueden ser muy variados (sentencia *stricto sensu*), resuelven algún punto del negocio, sin tocar el fondo (auto), o incluyen aun determinaciones de trámite (decreto). Claro que pueden haber “sentencias” documentalmente entendidas cuyo contenido pueda incluirse en ese concepto tanto formal como materialmente, pero la complejidad de la vida real lleva a que las resoluciones finales de un proceso en esta materia sean sumamente complejas, sobre todo en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad; de ahí que correctamente el artículo 37 de la LR105 se refiere a que el ministro instructor someterá a la consideración del Pleno de la Corte el “proyecto de resolución”, ya que puede ser que la propuesta sea de sobreseimiento, lo que implica que no necesariamente el ministro someterá un “proyecto de sentencia” (como se establece en el artículo 68 de la propia ley); o bien pudiera ocurrir que no obstante una propuesta sobre resolución de fondo, se llegara al sobreseimiento por así decidirlo la mayoría de los ministros.

La multiplicidad de los actos que simultáneamente pueden impugnarse en un proceso constitucional⁽²²⁾, ocasiona que sus sentencias formales incluyan tantas re-

(22) Aunque en menor grado, esto también es aplicable al juicio de amparo en el que pueden reclamarse diversos actos de autoridad (como leyes y actos en aplicación de las mismas), y hacerlo

soluciones como puntos contenciosos a analizar existan en cada proceso, o bien que a pesar de darse luego de las etapas procesales correspondientes concluyan con una resolución que sería en realidad un “auto” como es el caso de las de acción de inconstitucionalidad –y también la controversia constitucional– que llamaremos “estimatorias no calificadas”, equivalentes a un sobreseimiento; y aun éste, aparentemente simple porque impide un estudio del fondo del negocio, puede llegar a tener ciertos efectos jurídicos constitutivos más allá de dejar firme el acto impugnado. De lo anterior nos ocuparemos con más detalle al tratar los diferentes tipos de resolución con que puede culminar una acción de inconstitucionalidad.

Además de la anterior complejidad meramente técnica, la sentencia constitucional adquiere matices y particularidades que la diferencian de manera importante de otras sentencias, debido a su *trascendencia e impacto jurídico y político* (mucho mayor que cualquier otra sentencia, que también la tiene). Esto se debe a que la función del tribunal constitucional consiste en otorgar significado, contenido y alcance a las normas, valores y principios constitucionales, de tal suerte que repercute en todo el ordenamiento infraconstitucional; y además, la incidencia de sus resoluciones que invalidan una norma legal o de un tratado internacional sobre la conformación del orden jurídico y las relaciones de poder, exigen también atender a las consecuencias sociales y políticas de sus fallos.

Por otra parte, los jueces constitucionales en realidad llevan a cabo una doble interpretación: la de la Ley Fundamental y la correspondiente a las normas secundarias impugnadas, de tal manera que lo decidido y argumentado (*ratio decidendi*) repercute en la manera en que deben (in)aplicar e interpretar las leyes todos los operadores de un sistema jurídico determinado (jueces, autoridades y gobernados). Es precisamente la interpretación que realizan los jueces constitucionales el punto neurálgico de la legitimación de las sentencias constitucionales, en la medida en que posibilitan el desarrollo democrático, otorgan contenido específico a los derechos fundamentales y otros principios del orden constitucional, y en general dirimen controversias trascendentales para el adecuado funcionamiento institucional del Estado⁽²³⁾.

El propio creador del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de leyes advertía las características especiales de este tipo de sentencias (particu-

en diferentes aspectos que darían lugar a cualquier número de conceptos de violación; no es extraño encontrar sentencias de amparo que estimen la acción contra un acto determinado y sobresean respecto de otro.

(23) Véase Ahumada, Marian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, en *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, SCJN, 2007, pp. 135 y ss.

larmente en los procesos de control abstracto), al considerar ciertas especificidades del *resultado del control de la constitucionalidad*: *a)* que el acto sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular; *b)* dejar a la libre apreciación del tribunal la facultad para anular un acto por vicio de forma o bien por defectos esenciales; *c)* por un principio de seguridad jurídica, modular su temporalidad dentro de un plazo fijado por la constitución (por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, especialmente de normas generales que llevan largos años sin haber sido impugnadas); *d)* no otorgar efectos retroactivos (como regla general) y por lo tanto dejar subsistentes todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base en la norma en cuestión; *e)* otorgar (excepcionalmente) retroactividad limitada; *f)* dejar libertad al tribunal para que tenga la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su publicación; *g)* permitir en ciertos supuestos que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, esto es poder restablecer el Estado de Derecho anterior a la entrada en vigor de la ley anulada; *h)* la fórmula de la anulación de la norma general puede consistir en la anulación de la validez de la misma, cuando por ejemplo la norma impugnada ha sido abrogada, pero que tenga todavía consecuencias para hechos anteriores; *i)* la anulación de la ley puede ser en su totalidad o limitarse a algunas de sus disposiciones; y *j)* para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, la sentencia del tribunal debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada.⁽²⁴⁾

La jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales surgidos en Europa luego de la segunda guerra mundial, marcaron una nueva etapa en la caracterización de las sentencias, especialmente por lo que hace a su contenido y efectos. Si bien la caracterización teórica de las sentencias constitucionales –y en general de la jurisdicción constitucional– se inició bajo la óptica del procesalismo científico⁽²⁵⁾, y por ello acertadamente se ha considerado “el origen procesal de la

⁽²⁴⁾ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 82-87 y 93-95.

⁽²⁵⁾ Especialmente en Italia, a partir de su Constitución democrática de 1947. En la línea del mejor procesalismo de la época, véanse, entre otros, Calamandrei, Piero, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, CEDAM, 1950; “Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria”, en *Rivista di diritto processuale*, Vol. XI, parte I, 1956, pp. 7-55; Andrioli, Virgilio, “Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi”, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, CEDAM, 1953, pp. 27 y ss.; Cappelletti, Mauro, “Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata” y “Sentenze condizionali della Corte Costituzionale (a proposito della interpretazione delle leggi nel processo

justicia constitucional”⁽²⁶⁾; su desarrollo posterior se debe esencialmente a la dogmática constitucional, como se aprecia de la rica doctrina constitucional alemana⁽²⁷⁾ e italiana⁽²⁸⁾, y también recientemente la española⁽²⁹⁾, que han estudiado con profundidad la especificidad de la sentencia constitucional a la luz de la jurisprudencia de estos órganos; esta coincidencia en la práctica judicial y la doctrina europeas, es una muestra más de la formación –por lo menos en ese continente– de “un creciente ensamble de principios constitucionales particulares, explícitos o implícitos, que son ‘comunes’ a los distintos Estados constitucionales nacionales”, sobre los cuales se basa como veremos la tipología resolutoria que actualmente maneja la jurisdicción constitucional⁽³⁰⁾.

Las modalidades y caracterizaciones tradicionales de la sentencia constitucional siguen teniendo vigencia, si bien han experimentado un notable desarrollo por la variada y dinámica actividad de los tribunales constitucionales, que respondiendo a las necesidades sociales han otorgado nuevos alcances a sus fallos. La concepción kelseniana pura de destrucción de la norma general a manera de un “legislador negativo”, ha quedado ampliamente superada en la actualidad: los tribunales constitucionales no sólo pueden eliminar una norma del sistema jurídico, también pueden imponerla –o revi-

costituzionale)” ambos en *Rivista di diritto processuale*, vol. XI, 1956, pp. 140 y ss. y 1957, pp. 88 y ss.; Redenti, Enrico, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milán, 1957; Liebman, Enrico Tullio, “Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. XII, 1957, pp. 521 y ss.

(26) Cfr. D’Amico, Marilisa, “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi”, *Giurisprudenza italiana*, Parte Quarta, Dottrina e varietà giuridiche, 1990, pp. 480-504, especialmente pp. 480-483.

(27) Cfr. Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozeßrecht*, 3a. ed., Múnich, C.H. Beck, 1991, § 20; Benda, Ernst, y Klein, Eckart, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001, § 37; y Schlaich, *op. cit.*, nota 13, pp. 260 y ss.

(28) La bibliografía italiana sobre el tema es impresionante, por lo que nos limitamos a señalar los la clásica obra de Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Il Mulino, 1988; así como su influyente estudio: voz “Processo costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 522 y ss.

(29) La bibliografía española sobre la materia inició con posterioridad, especialmente a partir de la actual constitución democrática de 1978 y de su Tribunal Constitucional. Entre muchos otros, véanse los estudios de Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

(30) Cfr. Häberle, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, p. 37.

vir las que sustituyó la impugnada— cuando así se desprenda de su interpretación de los parámetros constitucionales, y establecer los plazos en que surtirán efectos sus resoluciones.

Por lo anterior, en los procesos constitucionales y particularmente en nuestro país en la acción de inconstitucionalidad por la cual se puede impugnar ampliamente todo un cuerpo de normas ordinarias, las sentencias constitucionales pueden adquirir una inusitada complejidad y tener múltiples efectos y consecuencias, porque en ellas el pronunciamiento judicial no necesariamente se refiere a la tajante estimación o desestimación de la impugnación en términos integrales (es decir, se estime toda la demanda o nada de ella), y tampoco al de una tajante constitucionalidad-inconstitucionalidad de la(s) norma(s) impugnada(s). De ahí que se hable de resoluciones “híbridas” o “mixtas”, que contengan diversas resoluciones con diferentes sentidos sobre tantos puntos en conflicto que tenga que resolver el tribunal.

Si bien la naturaleza de las sentencias constitucionales corresponde a la de un tipo de “resolución judicial”, como ha desarrollado la dogmática procesal en general, lo cierto es que adquieren una caracterización peculiar que las distingue de otras por sus implicaciones jurídicas y trascendencia política. Esto ha propiciado la creatividad de los propios tribunales constitucionales para trazar nuevas fórmulas y derroteros en sus decisiones a través de interpretaciones dinámicas, con la finalidad de otorgar mayor eficacia y coherencia al orden constitucional.

IV. LAS SENTENCIAS DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En una primera aproximación de las sentencias de acción de inconstitucionalidad, como en cualquier otra sentencia, pueden darse dos tipos de resoluciones atendiendo a su resultado: estimatorias y desestimatorias. Esta clasificación genérica constituye el punto de partida para cualquier análisis, si bien adquieren modalidades y perfiles propios dependiendo del tipo de proceso constitucional, regulación legal y práctica jurisprudencial.

Por lo que hace a la acción de inconstitucionalidad mexicana, el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional⁽³¹⁾, al que secunda el artículo 72 de la LR105⁽³²⁾, establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo

(31) “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos”.

(32) “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran

podrá declarar la invalidez de las normas impugnadas en este proceso, con el voto de al menos ocho de sus integrantes⁽³³⁾. Aunque no lo menciona expresamente la LR105, dicha “invalidez” se refiere a la privación de validez con *efectos generales* a los actos impugnados; ello se desprende no sólo de los alcances semánticos de aquel término, sino también de la misma naturaleza de la acción de inconstitucionalidad en la cual los promoventes no defienden un interés particular y específico como en la controversia constitucional o el juicio de amparo, por lo que la sentencia que estima la acción declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, por “necesidad imperiosa y exigencia lógica” –de lo contrario su misma existencia sería ociosa– porque no daría beneficios a la esfera jurídica particular de sus promoventes, y en estas condiciones el único efecto (en principio) que podría tener es la “expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico [de dichas normas]”⁽³⁴⁾. Esto se sigue en línea de principio, si bien en el derecho comparado existen casos en que la inconstitucionalidad no necesariamente lleva a la nulidad o invalidez de la norma, como veremos en su oportunidad.

Es preciso reparar en la diferencia entre los conceptos de “nulidad” e “invalidez”. La primera se refiere a la “expulsión” con efecto retroactivo de la norma del sistema jurídico, es decir la sentencia del tribunal es declarativa y reconoce que dicha norma siempre ha sido ilegítima y por lo tanto inaplicable en lo pasado y futuro, con las consecuencias que de ello resulten, especialmente la anulación de los actos que se hayan realizado con fundamento en ella; la “invalidez”, en cambio, es de carácter constitutivo y deja intacta la aplicación anterior de la norma y su “expulsión” (derogación) sólo tiene efectos hacia el futuro⁽³⁵⁾. La primera es característica del sistema difuso o americano, mientras que la segunda del sistema concentrado o europeo.

En general, en el proceso de control abstracto de constitucionalidad de leyes, tal y como lo concibió Kelsen, tiene por línea de principio dotar a la sentencia constitucional de efectos generales (*erga omnes*) y hacia el futuro (*ex nunc*). Éste

por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenaré el archivo del asunto”.

(33) Esta es una diferencia fundamental con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para “el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaratoria general respecto de la ley o el acto que la motivare”. (art. 107, párrafo II, Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo).

(34) Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 356. Véase también *Controversias constitucionales y acciones...*, *op. cit.*, nota 14.

(35) Véase Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, vol. I, 1999, p. 247.

es el principio seguido en la mayoría de los países latinoamericanos que han introducido este mecanismo (Brasil, Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú y Venezuela). Sin embargo, la concepción original austriaca en la actualidad sufre importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los tribunales constitucionales europeos (por ejemplo, Austria, Alemania, Italia y España), admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado, como pusimos en evidencia en la parte introductoria a este estudio, que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma) propias de este tipo de proceso abstracto de inconstitucionalidad de leyes, sea sustituido en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad), lo que implica otorgar efectos hacia el pasado.

En México, por disposición expresa del penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional⁽³⁶⁾, la regla es que las sentencias de acciones de inconstitucionalidad declaren la *invalidez* de la norma –por eso utilizaremos este término–⁽³⁷⁾, y la única excepción admitida es cuando ésta corresponda a la materia penal y a favor del reo, en cuyo caso será *anulada* con efectos retroactivos. Si bien el Pleno de la Corte excepcionalmente ha admitido otorgar cierto efecto retroactivo, pudiendo

indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla⁽³⁸⁾.

El requerimiento constitucional y legal de una *mayoría calificada de cuando menos ocho ministros de la Suprema Corte* para “estimar” la acción en este proceso, es decir que se tenga por fundada y se invaliden los actos impugnados, pretende sustentarse en el principio constitucional democrático y la presunción de su

(36) Véanse también los artículos 45 y 75 de la LR105.

(37) La “invalidez” a que se refiere la constitución y la ley, corresponde propiamente a una “derogación” de la disposición impugnada.

(38) Controversia constitucional. La sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, mayo de 2006, tesis P./J. 71/2006, p. 1377. A pesar de referirse a la controversia constitucional, pensamos que este criterio aplicaría a la acción de inconstitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 59 de la LR105.

constitucionalidad. Las leyes de las legislaturas federal y locales así como los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República, son producto de una decisión adoptada por representantes populares; su irregularidad constitucional con efectos generales, por la invalidación que conllevan, debe basarse en un *amplio consenso racionalizado* entre los ministros de la Corte que asegure la corrección de esta decisión jurisdiccional y deje un reducidísimo margen de duda sobre la cuestión, para revertir “la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución”; porque supuestamente una votación cerrada no establece con buena medida de certeza la inconstitucionalidad de la norma general impugnada, el Constituyente no juzgó conveniente permitir la anulación general de las leyes en esas condiciones, porque la insuficiencia de la votación reflejaría una “ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte” que superen las razones de la “mayoría simple [de] un órgano de carácter político, emanado de una elección popular”⁽³⁹⁾.

Esta votación calificada de ocho votos como requisito de procedibilidad para la declaración de invalidez, no parece adecuada en la actualidad y son muy pocos los países en el derecho comparado que la adoptan (por ejemplo en Perú, que requiere una votación de cinco de los siete juzgadores que integran su Tribunal Constitucional)⁽⁴⁰⁾; el condicionamiento de la regularidad constitucional a una minoría no es apropiada en órganos de naturaleza jurisdiccionales, sin que pueda justificarse la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que tiene su razón de ser en otros ámbitos que no aplican para el órgano al cual se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, y cuya función en realidad debe tenerse limitada a mero punto de partida del debate procesal⁽⁴¹⁾. Esta característica de la votación calificada para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas, ha sido ampliamente criticada y señalada como “la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad”, por lo que el sistema actual ha nacido “herido de muerte y un replanteamiento serio de las funciones del órgano de la constitucionalidad habrá de conducir, antes o después,

(39) Cfr. Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero de 2002, con. VI, pp. 117-120; Pleno, acción de inconstitucionalidad 12/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, enero de 2003, con. IX, pp. 1147 y ss; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 19/2004, *idem*, 9a. época, t. XXI, junio de 2005, con. VI, pp. 471 y ss.

(40) Cfr. Abad Yupanqui, Samuel *et al.*, *Código Procesal Constitucional*, 2a. ed., p. 92.

(41) Véase Sánchez Gil, Rubén, “La presunción de constitucionalidad”, en Ferrer MacGregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, t. VIII, p. 371 y 377-380.

a comprender la necesidad inexorable de una reforma que viene exigida por el sentido común y la propia eficacia del órgano”⁽⁴²⁾; y su existencia ha provocado que la propia Corte en su Acuerdo General 7/2008⁽⁴³⁾ disponga el aplazamiento de la vista de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, cuando en la sesión esté ausente un ministro cuyo voto pueda determinar la formación de la mayoría calificada que invalidaría *erga omnes* una norma general.

De lo anterior y atendiendo a su resultado se sigue que existen tres tipos generales de resoluciones que ponen fin a la acción de inconstitucionalidad, que puede incluir su sentencia entendida en un sentido meramente formal:

- (1) las decisiones *estimatorias calificadas*, son aquellas sentencias propiamente dichas que declaran procedente la acción y fundada la pretensión constitucional correspondiente, por lo que producen la invalidez de la norma general impugnada al votar en tal sentido ocho o más integrantes del Máximo Tribunal. Consecuentemente, al declararse su invalidez se expulsa del ordenamiento jurídico la norma impugnada (derogación), sea de manera parcial o total.
- (2) las *estimatorias no calificadas*, aquellas que a pesar de que una mayoría de seis o siete ministros acuerda la invalidez de las normas impugnadas, por no contarse con el número de votos constitucional y legalmente requerido (ocho o más) no surten efecto jurídico y producen que en un acto sucesivo el Pleno desestime la acción por sobrevenir una causa de improcedencia. En este supuesto, la resolución no tiene el carácter de sentencia sino de un “auto desestimatorio de la acción” en cuanto al punto de contención de que se trate.
- (3) las resoluciones *desestimatorias*, que pueden o no adoptarse con votación calificada, son aquellas que declaran improcedente la acción o infundada la pretensión constitucionales. En el primer supuesto la resolución constituye un “auto desestimatorio de la acción” (al igual que en el supuesto anterior de resoluciones estimatorias no calificadas), por existir un impedimento u obstáculo procesal insubsanable, que impide o imposibilita resolver la cuestión efectivamente planteada (improcedencia y consecuente sobreseimiento). En el segundo caso, la resolución declara infundada la pretensión constitucional hecha valer (no obstante la amplia suplencia que puede darse a los conceptos de invalidez), ya que la Suprema Corte los consideró carentes de razón; en este supuesto, se declara constitucional la norma general impugnada, sea por

(42) Brage Camazano, *op. cit.*, nota 34, pp. 350 y 352. La sección de la que se desprenden estas citas es una amplia crítica, sobre la que vale la pena detenerse, respecto de la votación calificada para la estimación de la acción de inconstitucional en México.

(43) *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2008, 1a. sección, pp. 18-19.

una mayoría simple (seis o siete) o calificada (ocho o más) de ministros, y se confirma la validez de la misma.

Con independencia de estos tres tipos de resoluciones genéricas que ponen fin al proceso objetivo de control de constitucionalidad de normas (acción de inconstitucionalidad), debe advertirse que tanto las estimatorias como desestimatorias, poseen una pluralidad de contenidos y consecuencias. Esto se advierte en las denominadas “sentencias atípicas”, también llamadas “sentencias intermedias” o si se prefiere “sentencias interpretativas” (en su amplia variedad de posibilidades); en este tipo de resoluciones se parte esencialmente de la distinción entre “disposición o texto” (el precepto legal como tal) y “norma” (el contenido o significación que se le asigna)⁽⁴⁴⁾, adquiriendo matices propios dependiendo de cada caso. Trataremos esta tipología más adelante; por ahora basta señalar que no necesariamente una resolución estimatoria calificada provocará la declaración de invalidez y que la resolución desestimatoria puede implicar a su vez una estimación interpretativa de la norma.

Ahora bien, por la habitual práctica del juicio de amparo estamos acostumbrados a que el litigio constitucional –como casi cualquier otro– verse exclusivamente sobre un acto muy específico de autoridad (orden de aprehensión, sentencia judicial, aplicación de una concreta disposición secundaria, etc.), y la reclamación de diversos actos en una sola instancia por esa vía es realmente excepcional –aunque pueden darse algunos casos en materias fiscal y administrativa–. A diferencia del proceso de garantías, como casi siempre una acción de inconstitucionalidad deriva de la expedición de un amplio conjunto de disposiciones como una nueva ley o un “paquete” de reformas (así sucedió en la número 26/2006; el caso *Ley de Medios*, paradigma de los problemas que tratamos); y puesto que sólo existe una sola oportunidad para instar la demanda correspondiente y se da una amplia legitimación⁽⁴⁵⁾, en este proceso los actores pueden hacer valer todos los vicios de inconstitucionalidad que quieran atribuir a esos actos legislativos, pudiendo impugnar *cada una de las relativas disposiciones específicas* y aun hacer valer contra cada una ellas múltiples argumentos (conceptos de invalidez) para demostrar que son irregulares⁽⁴⁶⁾.

(44) Véase *infra*: “V. Tipología específica de la resoluciones en acciones de inconstitucionalidad”.

(45) A diferencia del juicio de amparo en el que los actos de autoridad tienen que afectar su interés jurídico personal y directo, para que sean reclamables, o en la controversia constitucional en la que sucede lo mismo con el concepto más amplio pero no ilimitado de “interés legítimo”; el objeto de la acción de inconstitucionalidad es amplísimo porque quienes lo instan no tienen que demostrar una afectación particular.

(46) En realidad sucede lo mismo en el juicio de amparo: el agraviado reclama específicamente las disposiciones que afectan su interés jurídico –no pudiendo reclamar la ley “en términos generales”–; la diferencia es cuantitativa, por la estrecha legitimación que se tiene en este proceso, el

Por esta razón la “litis” en la acción de inconstitucionalidad en general puede ser muy amplia y compleja –normalmente lo es aunque en grado variable– e inclusive referirse material y no procedimentalmente a todas y cada una de las disposiciones de una ley; en este tipo de procesos pueden existir diversos puntos en conflicto y formarse “litigios atomizados”, por llamarles de alguna manera, que ameritan sendos pronunciamientos del tribunal. En estas condiciones, *en una sola sentencia podrán haber tanto puntos resolutivos estimatorios o desestimatorios* y es poco frecuente que una sentencia en este tipo de proceso –entendida formalmente como documento– contenga sólo una “resolución” del tribunal.

Por eso, cuando en la doctrina y la jurisprudencia se habla de una “sentencia” de acción de inconstitucionalidad es posible que en realidad se denote a la *resolución específica* que el tribunal da a uno de esos puntos litigiosos concretos; y cada una de ellas podría tener diferentes efectos, según el tipo de “sentencia” o resolución de que se trate; sin perjuicio de que coloquialmente se entienda por “sentencia” el documento formal que contiene todos esos puntos resolutivos. En lo sucesivo, hecha esta aclaración y salvo indicación en contrario, al hablar de “sentencia” referiremos el documento unitario que contiene la total decisión del tribunal, y al decir “resoluciones” aludiremos a las decisiones judiciales específicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y/o la motivación que las sustenta.

Enseguida abordaremos los diferentes efectos que las distintas resoluciones de la acción de inconstitucionalidad, no los propios del objeto general de este proceso que es invalidar *erga omnes* una norma jurídica secundaria, sino los que traen como consecuencia jurídica según su sentido y modalidad de votación: cosa juzgada y precedente constitucional.

V. TIPOLOGÍA ESPECÍFICA DE RESOLUCIONES EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. *Introducción y problemática*

Aunada a la clasificación general expuesta relativas a las resoluciones estimatorias y desestimatorias, calificadas o no, la Suprema Corte tiene un “amplio margen de apreciación para equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional”⁽⁴⁷⁾; incluyendo el momento en

quejoso reclama sólo unas (relativamente) pocas disposiciones, y en los demás procesos es factible impugnar muchas más por la amplia posibilidad para iniciarlos que tienen sus actores.

(47) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUENTA CON AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 84/2007, página 777.

que sus sentencias comenzarán a surtir sus efectos⁽⁴⁸⁾ o mandar la inaplicabilidad temporal de las normas generales impugnadas⁽⁴⁹⁾.

En los tres primeros años de funcionamiento del nuevo sistema constitucional (1995-1997) se presentaron 21 acciones de inconstitucionalidad y en ninguna se declaró formalmente la invalidez de las normas impugnadas, si bien se realizaron interesantes interpretaciones conformes a la Constitución.

La primera vez que la Corte declaró la invalidez en este tipo de proceso fue en la acción de inconstitucionalidad 2/1998, dictada el 24 de febrero de ese año. Desde 1998 a 2007 se ha resuelto la invalidez en 257 asuntos, y en muchas de estas ocasiones no existe un solo pronunciamiento en la sentencia; es frecuente que las sentencias de acción de inconstitucionalidad tengan en realidad varias resoluciones (estimatorias y desestimatorias). Esto produce, en realidad *efectos diversos o adicionales a categóricamente declarar la invalidez o confirmar la validez* de la norma general objeto de control. Por su sencillez, no aludiremos a resoluciones por las cuales se dan lisa y llanamente la invalidez o validez de la norma impugnada, es decir, en los que simplemente el Máximo Tribunal elimina con efectos hacia el futuro (*ex nunc*) o mantiene dichos actos dentro del sistema jurídico; sino a otras menos tradicionales para la práctica mexicana, pero que ya tienen un importante arraigo en ella derivado del dinamismo que han experimentado tanto las controversias constitucionales como las acciones de inconstitucionalidad⁽⁵⁰⁾.

Estas últimas “sentencias atípicas” poseen contenidos, modalidades y efectos distintos, atendiendo a diversos factores y a cada caso en particular. En el derecho comparado se han tratado de sistematizar a través de distintos nombres, especialmente en Italia donde probablemente exista más confusión terminológica. Así se habla de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación, o de estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correcto-

(48) Pero siempre hacia delante, sin efectos retroactivos –salvo en materia penal y en beneficio del reo–, como hizo en el caso *Horario de Verano* (controversia constitucional 5/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de septiembre de 2001, 2a. sección, con. X, pp. 68-69).

(49) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL ESTAR FACULTADA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN V, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA DECLARAR LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES O ACTOS COMBATIDOS, TAMBIÉN PUEDE DECLARAR SU INAPLICABILIDAD TEMPORAL, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 1, p. 5.

(50) La clasificación que presentaremos sigue básicamente a Schlaich, *loc. cit.*, nota 13; y Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 2006, t. I, pp. 352-359.

ras (*corretive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), interpretativas *tout court*, integrativas (*integrative*), sentencias-delegación (*sentenze-delega*), didascálicas (*didascaliche*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sotrativa*), restablecedoras (*ripristinatorie*), sentencias “ley” (*sentenze “lege”*), sentencias *indirizzo* y sentencias normativas (*sentenze normative*)⁽⁵¹⁾. Esta confusión nominal se acentúa si contamos las clasificaciones que algunos autores realizan teniendo en cuenta elementos formales y materiales, de tal suerte que una “sentencia interpretativa de desestimación” (conforme al criterio formal), en realidad puede constituir una “sentencia manipulativa” (conforme al sentido material)⁽⁵²⁾.

No debe perderse de vista el sentido general que puede tener cualquier sentencia constitucional: estimatoria y desestimatoria. En realidad estamos en presencia de sentencias que implican resoluciones múltiples, con modalidades y efectos distintos de estas dos variables generales. Es decir, la mayoría de estas sentencias pueden considerarse “mixtas” (salvo las “aditivas de principio”). Su naturaleza mixta proviene de que comparten caracteres de las resoluciones “estimatorias” y “desestimatorias”, de tal suerte que implican una invalidación parcial de la norma; inclinándose según el caso a uno u otro lado.

A continuación nos referiremos a varias “resoluciones mixtas”. Las dos primeras clases se inspiran en principios constitucionales y/o generales jurídicos: el democrático (al que puede referirse también el de división de poderes)⁽⁵³⁾ y la

(51) Esta referencia la realiza Díaz Revorio, *op. cit.*, nota 29, pp. 59-60. Véanse los autores italianos que cita, quienes utilizan estas denominaciones tipológicas de las sentencias.

(52) Francisco Javier Díaz Revorio atiende a estos dos tipos de criterios (formales y materiales) para clasificar las sentencias de fondo en los procesos de inconstitucionalidad. Desde el aspecto formal, las divide en: 1. *Sentencias desestimatorias*, que pueden ser a) pura o simple; b) interpretativa de desestimación; y c) otras desestimatorias; y 2. *Sentencias estimatorias*, subdividiéndolas en: a) estimación total; b) estimación parcial (que a su vez pueden ser respecto al texto de la disposición o a la norma –en sentido estricto o que declaran la inconstitucionalidad de la norma o parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto impugnado, este último grupo a la vez pueden ser reductoras, aditivas o sustitutivas–); y c) Otros tipos de sentencias estimatorias. Desde el criterio formal, en cambio, las clasifica como: 1. *Sentencias de desestimación pura*; y 2: *Sentencias materialmente de estimación parcial* (todas las demás), comprendiendo a su vez: a) que conllevan la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición; b) que no conlleva la inconstitucionalidad de parte del texto, pero sí de parte del contenido normativo; estas últimas a su vez en: (interpretativas en sentido estricto y materialmente manipulativas –reductoras, aditivas y sustitutivas). *Cfr. op. cit.*, nota 29, pp. 60-66.

(53) Véase Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis 1a./J. 84/2006, p. 29.

conservación de los actos jurídicos (que deriva del de seguridad jurídica y la estabilidad del sistema)⁽⁵⁴⁾, que en general operan como (de los pocos e indeterminados) límites a la autoridad de los tribunales constitucionales.

2. *Invalidación por reducción del texto*

Este tipo de resoluciones constituye la *regla* en el control judicial de constitucionalidad de leyes⁽⁵⁵⁾. La invalidez puede recaer (1) *sobre todo el cuerpo del instrumento* legal o internacional –como en el caso de violaciones formales del proceso legislativo⁽⁵⁶⁾–; (2) *sobre una de sus específicas disposiciones*—que es la hipótesis común en nuestro medio, a través del juicio de amparo que “invalida” con efectos relativos sólo para el quejoso–; o (3) *sobre parte de una sola disposición* en cuyo caso el tribunal invalida únicamente una sección de su texto o alguna de sus partículas lingüísticas, sin los cuales la literalidad remanente se encontraría conforme a la Constitución. A través de la clase de resoluciones que ahora tratamos, el tribunal constitucional actúa como “legislador negativo” en el supuesto del último de los incisos anteriores, invalidando sólo las “porciones normativas” indispensables para que la disposición impugnada sea constitucionalmente regular, permitiendo la validez de las secciones cuya eliminación no es imprescindible, para respetar la competencia legislativa o con base en algún otro principio constitucional (seguridad jurídica, especialmente)⁽⁵⁷⁾.

3. *Interpretativas propiamente dichas (interpretación conforme e invalidez sin reducción textual)*

Para comprender esta clase de resoluciones, las más típicas de la naturaleza híbrida a que nos referimos, es indispensable distinguir entre los conceptos de

(54) Véanse Marín, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 84-85; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 96; y Balaguer Callejón *et al.*, *op. cit.*, nota 35, pp. 242 y 246.

(55) Schlaich, *op. cit.*, nota 13, pp. 263-264.

(56) Véase Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Las violaciones procesales deben examinarse previamente a las violaciones de fondo, porque pueden tener un efecto de invalidación total sobre la norma impugnada, que haga innecesario el estudio de éstas, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 32/2007, p. 776.

(57) Véase Acción de inconstitucionalidad. Supuesto en el que se justifica la declaratoria de invalidez y consecuente expulsión de todo el sistema normativo impugnado, y no sólo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 85/2007, p. 849.

“disposición” y “norma”⁽⁵⁸⁾. La interpretación jurídica, como se le entiende ahora, es el ejercicio de “traducir” un enunciado que expresa una prescripción general e indeterminada –en alguna medida– a otro formulado en términos adecuados para “guiar el actuar concreto” en ciertas circunstancias; lo anterior ha roto con el “mito” de la existencia de normas jurídicas inmanentes a los textos y preexistentes a la interpretación de éstos⁽⁵⁹⁾. Así, “disposición” es el texto abstracto sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico, y “norma” el enunciado resultante de esta actividad que concreta la prescripción abstracta de aquélla a términos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto. De esta manera la interpretación puede esquematizarse con el enunciado siguiente: “la disposición T(exto) significa N(orma)”⁽⁶⁰⁾; en otras palabras, el texto o enunciado es el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición), mientras el “contenido normativo” constituye la significación que se le asigna (norma).

Ahora bien, resulta que *el objeto del litigio constitucional son las normas y no las disposiciones legales*, o más claramente: las posibles interpretaciones de éstas⁽⁶¹⁾; en el proceso se controvierte la validez del texto, pero a través de la eficacia que adquiriera por su interpretación, pues aquél no puede tener vida práctica si no es a través de ésta. Si una disposición admitiera una sola interpretación, la norma que de ella deriva sería invalidada y, por consiguiente, también la fórmula textual que lo constituye, cuya subsistencia en el ordenamiento sería imposible por no poder ser aplicada de manera constitucionalmente regular; si al contrario, la disposición admitiera dos (o más) interpretaciones: una conforme y otra(s) contraria(s) a la ley fundamental, el tribunal podría invalidar la(s) última(s) y mantener a la primera afirmándola como única posibilidad de aplicación del texto normativo. De esta manera: “el control de la [jurisdicción constitucional] cae sobre las normas, pero incide sobre las disposiciones”⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ Guastini, Riccardo, “Disposizione vs. Norma”, en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss.; y *Le fonte del diritto e l’interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 18.

⁽⁵⁹⁾ Luzzati, Claudio, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 75.

⁽⁶⁰⁾ Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11.

⁽⁶¹⁾ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 100 y 486. “No una norma en sí, sino una de *determinado contenido* se declara válida; este contenido es obtenido por *interpretación*” (hablando de la interpretación conforme a la Constitución, que poco más adelante trataremos), Pestalozza, *op. cit.*, nota 27, p. 275 (cursivas añadidas).

⁽⁶²⁾ Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, México, Porrúa-IMDPC, 2005, p. 63.

La versión más utilizada de este tipo de resoluciones es la que habilita una “interpretación conforme a la Constitución” del texto legal sobre el que formalmente recae la impugnación⁽⁶³⁾. Como indicamos, esta modalidad hermenéutica consiste en que entre dos posibles interpretaciones de la disposición jurídica, una contraria y otra acorde a la Constitución, es obligado para el intérprete preferir la última⁽⁶⁴⁾. En realidad la interpretación conforme proviene de los primeros tiempos del constitucionalismo norteamericano, pero fue hasta últimamente que en nuestro país se emplea abiertamente y con tal denominación. La utilización de esta práctica interpretativa ha tenido un gran desarrollo en los tribunales constitucionales europeos (especialmente en Alemania, Austria, Italia y España)⁽⁶⁵⁾, y en años recientes se advierte con mayor intensidad en países latinoamericanos como México, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros tribunales lo han utilizado desde décadas atrás, si bien en ocasiones no de manera consciente. En la acción de inconstitucionalidad, la “interpretación conforme” daría lugar a una resolución desestimatoria, pero que en realidad invalida la norma o interpretación del texto que resulta contraria a la Constitución –en el amparo y la controversia constitucional, en términos prácticos de esta forma sería acogida la pretensión del actor–.

Otra modalidad es una resolución también interpretativa pero presentada en sentido contrario: afirma la validez de la disposición “en tanto” no se aplique en ciertas circunstancias o casos. En realidad, se trata de una diferente perspectiva de la “interpretación conforme a la Constitución”: valida la disposición

(63) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155.

(64) Por todas véanse Principio de interpretación de la ley conforme a la constitución, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 2a. XCII/2007, p. 381; e Interpretación conforme en acciones de inconstitucionalidad, cuando una norma admita varias interpretaciones debe preferirse la compatible con la Constitución, Pleno, *idem*, 9a. época, tomo XXVII, febrero de 2008, p. 1343. Aunque ambos criterios se publicaron como “tesis aisladas”, es decir no vinculantes, la jurisprudencia obligatoria de la Corte los avala, porque fueron invocados de manera respectiva implícita y explícitamente la sostuvo, en la controversia constitucional 22/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio de 2002, 2a. sección, con. VIII, p. 71; y la acción de inconstitucionalidad 58/2008, *idem*, 21 de julio de 2008, 2a. sección, con. XIII, pp. 86-87.

(65) La jurisprudencia alemana que ejemplarmente ha desarrollado esta interpretación en los últimos cincuenta años, le señala como límites el texto literal de la disposición y los fines que ésta persiga, a los cuales la “interpretación conforme” no podrá contrariar (BVerfGE 8, 28 [34]). Sin embargo, hasta donde sabemos, en México no ha habido ocasión de explorar estas profundidades, ya que esta figura apenas adquirió carta de naturaleza.

legal en la medida en que su interpretación no dé lugar a que se aplique de modo contrario a la ley fundamental⁽⁶⁶⁾. Finalmente, debe decirse que la correlación entre ambas clases de resoluciones (conforme y de nulidad o invalidación parcial) sólo puede darse cuando la realiza un tribunal constitucional; a pesar de que los tribunales ordinarios también pueden habilitar una “interpretación conforme a la Constitución” en la realización de sus actividades, sus decisiones solamente tienen efectos en los casos que resuelven, y no constituyen interpretación definitiva de la ley fundamental⁽⁶⁷⁾.

En Italia a este tipo de resolución se le conoce como “sentencia interpretativa de rechazo” porque precisamente salva la constitucionalidad de la disposición al establecer que el texto impugnado “no es inconstitucional sólo en cuanto” y “en la medida en que” se atribuya a la disposición el significado indicado por el tribunal mismo en la motivación (mientras que en el resolutivo de la sentencia se reconduce a la misma sirviéndose de la expresión “en los sentidos y en los límites de la motivación”)⁽⁶⁸⁾.

4. *Resoluciones “manipulativas” (restrictivas, aditivas y sustitutivas)*⁽⁶⁹⁾

Además de las que resuelven la reducción textual de la disposición impugnada, que ya referimos, esta categoría comprende dos especies más: las decisiones aditivas y las sustitutivas. Su elaboración detallada corresponde prácticamente a la doctrina italiana⁽⁷⁰⁾.

I. Las *resoluciones aditivas*⁽⁷¹⁾ son las que consideran inválida una disposición “en tanto omite decir algo” que resultaba necesario, y por su virtud lo omitido

⁽⁶⁶⁾ La doctrina alemana las llama “resoluciones de declaración de nulidad o invalidez parciales sin reducción del texto”, y admite su práctica identidad con la “interpretación conforme”. Schlaich, *op. cit.*, nota 13, pp. 264-267 y 297-298.

⁽⁶⁷⁾ *Cfr.* Da Silva, Virgilio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 20.

⁽⁶⁸⁾ *Cfr.* Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 593.

⁽⁶⁹⁾ En realidad son una especie de “sentencia interpretativa”. Consideramos incluirlas en una categoría aparte para una mayor claridad expositiva.

⁽⁷⁰⁾ Véanse Romboli, Roberto, “Italia”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 133-115; y Celotto, *op. cit.*, nota 62, pp. 91-95.

⁽⁷¹⁾ También debe decirse que se trata de un género del cual se desprende, aparte de las aditivas *stricto sensu* o “de regla” que imponen una conducta muy específica, las llamadas

resultará obligatorio. En ellas el tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada “en la parte en que ésta no dice otra cosa” que debería decir para su constitucionalidad, de tal suerte que “adiciona”, esto es, “agrega” un contenido normativo que no aparece en el texto –o bien lo hace notoriamente expreso–. El órgano constitucional introduce “lo que es omiso” en la disposición impugnada y que le es necesario para ser constitucional. Este tipo de resoluciones han sido criticadas porque se considera que el juez va más allá de lo dispuesto por el legislador, actuando como “legislador positivo” y no confinado a una labor meramente “negativa” e invalidante. En realidad no hay que perder de vista que no se trata de “fantasías” de los jueces constitucionales quienes sin más introducen lo que quieren en sus sentencias, sino que estas “adiciones” se realizan –mejor dicho: deben realizarse– mediante la aplicación de otras normas o principios contenidos en el sistema, dándose máxima eficacia a algún parámetro constitucional que fue inobservado⁽⁷²⁾.

Este tipo de sentencias no son frecuentes en nuestro sistema aunque se advierte que en el futuro podrían utilizarse, especialmente para las llamadas “omisiones legislativas”, temática recurrente en los tiempos actuales ante el tribunal constitucional mexicano. En realidad las resoluciones aditivas determinan una omisión indebida del legislador, de tal suerte que se “agrega” algo imprescindible a la disposición incompleta para que alcance su correcto grado de constitucionalidad; el legislador, en pocas palabras, se quedó corto en su regulación y el tribunal constitucional lo complementa. Por consiguiente, su efecto es ampliar el espectro normativo para lograr la constitucionalidad de la disposición impugnada a supuestos o consecuencias que en principio el legislador no previó.

Si bien existen en nuestro país acciones específicas a nivel local para impugnar la omisión del legislador (Campeche, Coahuila, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz⁽⁷³⁾), a nivel federal no se discute si a través de los mecanismos de control existentes pueden impugnarse, ante la ausencia de un mecanismo autónomo. El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido que no es procedente la vía del amparo⁽⁷⁴⁾ y tampoco la acción de inconstitucionalidad –éste fue uno de

“aditivas de principio” que añaden al ordenamiento legislativo una norma general indeterminada, pero que implica la salvaguarda de determinados valores, y así impone deberes mínimos.

(72) *Cfr.* Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 68, p. 594.

(73) En general respecto de los mecanismos de control de constitucionalidad local, véase González Oropeza, Manuel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

(74) Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma consti-

los temas debatidos en la número 26/2006⁽⁷⁵⁾–, y en cambio había aceptado la procedencia de la controversia constitucional en tales casos⁽⁷⁶⁾; pero con posterioridad, en la controversia constitucional 59/2006 y otras 44 controversias⁽⁷⁷⁾ relacionadas con la acción de inconstitucionalidad 26/2006, relativas a la impugnación de varios municipios en contra de diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, nuevamente se trató el tema de la omisión legislativa. Entonces los municipios impugnaron, entre otras cuestiones, *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por mayoría de cinco votos contra cuatro se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar las omisiones legislativas. En la parte considerativa del fallo se estableció

que la controversia constitucional no procede contra omisiones legislativas, pues tanto del texto de la fracción I del artículo 105 constitucional, como de la exposición de motivos respectiva, claramente se advierte que serán materia de la controversia todos los actos específicamente dichos como las disposiciones generales, encontrándose contenidos dentro de esta última expresión, tanto leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales o locales, e inclusive tratados internacionales, sin comprender la procedencia de esta vía constitucional a las omisiones legislativas, tan es así, que el artículo 21, fracciones I y II de la Ley Reglamentaria de la materia, prevé que el plazo para interponer la demanda será, tratándose de actos de treinta días contados a partir del siguiente: a) al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación del acto que se reclame; b) al en que se haya tenido conocimiento de éste; o c) al en que el actor se ostente sabedor de él y, tratándose de normas, de treinta días contados a partir del día siguiente; a) a la fecha de su publicación; y b) al en que se produzca el primer acto de aplicación. Sin que se

tucional, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 9a. época, t. VI, diciembre de 1997, tesis P. CLXVIII/97, p. 180.

(75) Omisiones legislativas. Es improcedente la acción de inconstitucionalidad en su contra, Pleno, *idem*, 9a. época, t. VI, tesis P. XXXI/2007, p. 1079.

(76) Controversias constitucionales. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 115, p. 95.

(77) Resueltas el 15 de octubre de 2007.

comprenda, se repite, otro supuesto, en ese ámbito de tutela constitucional, como lo serían las omisiones legislativas.

De esta manera la Corte ha cerrado el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad a la impugnación de omisiones del legislador. No obstante, en nuestro país se han presentado pronunciamientos por omisiones (totales y relativas) respecto a la garantía de audiencia⁽⁷⁸⁾, a la regulación insuficiente bajo reserva de ley⁽⁷⁹⁾, y a la seguridad jurídica (en la misma acción de inconstitucionalidad 26/2006) por “la ausencia de reglas específicas y criterios objetivos [que] propici[e] la arbitrariedad”⁽⁸⁰⁾ –aunque en todos estos casos hubo alguna actuación positiva del legislador que dio pie a los procesos respectivos y no una absoluta omisión de su parte–⁽⁸¹⁾. Como se ve, existe muy poca claridad al respecto; pero no hay duda de que la omisión legislativa que dé lugar a una resolución “aditiva”, deba ser consecuencia necesaria de una regulación concreta que el legislador tenga la ineludible obligación de establecer para satisfacer algún parámetro de regularidad establecido por la Constitución y obtenido por la interpretación jurisdiccional de ésta⁽⁸²⁾.

II. Las *resoluciones “sustitutivas”*, por su parte, son aquellas con las cuales el tribunal reemplaza porciones normativas de las disposiciones. En realidad, se trata de dos resoluciones efectuadas sucesivamente: una estimatoria invalidante de la sección que se elimina de la disposición y otra aditiva que agrega la regla o principio que determinó el tribunal constitucional con base en parámetros consti-

(78) Audiencia, alcance de la garantía de, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 82, p. 54.

(79) Legalidad tributaria. Alcance de dicho principio en relación con el grado de definición que deben tener los elementos constitutivos del impuesto, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, octubre de 2006, tesis P./J. 106/2006, p. 5. Véase Carbonell, Miguel, “Reserva de ley”, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 127-128.

(80) Permisos de radiodifusión. El artículo 20 de la ley federal de radio y televisión, en cuanto concede discrecionalidad en el ejercicio de las facultades conferidas a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para el otorgamiento de aquéllos, viola los principios de legalidad y seguridad jurídica, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 55/2007, p. 1083.

(81) Según lo anterior el criterio determinante es al parecer si la omisión es absoluta o relativa, procediendo el control constitucional para la última. Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 81 y 114-116.

(82) Véanse Omisiones legislativas. Sus tipos, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 11/2006, p. 1527; y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 81, pp. 86-89.

tucionales (seguridad jurídica u otros). Y puede ser que no se trate de nuevas normas que el tribunal se saque de la manga, sino de las previamente existentes a la invalidada, como en las resoluciones por las cuales, dados diversos motivos, se “revive” la legislación anterior a la invalidada, que fue el caso de la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acumuladas que versó sobre materia electoral⁽⁸³⁾.

Por supuesto, las resoluciones anteriores son polémicas, pero en ambos supuestos no estamos –no debemos estar– ante una creación absolutamente libre de la jurisdicción constitucional, y tampoco a una actuación transgresora de sus límites funcionales. La sentencia aditiva –aislada o sustitutiva– se efectúa porque el tribunal “extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención [...] ‘obligada’”⁽⁸⁴⁾. La justificación de esta actividad “creadora” de la jurisdicción constitucional se halla en la misma Constitución: si la entendemos como un *sistema de valores* que debe salvaguardar todo operador jurídico –y principalmente el encargado de su defensa– en cualquier circunstancia, mediante acciones positivas tendientes a la promoción de los bienes jurídicos que tutela, de darse una posible afectación a éstos por la invalidez decretada por el tribunal contra una norma general, este órgano tendría el deber de tomar las medidas necesarias para que ella no se produzca –como la satisfacción de la seguridad jurídica en la reviviscencia–, como habilitar normas que *exigen* las prescripciones de la ley fundamental; el “*fiat iustitiam et pereat mundus*” siempre es rechazable pero más en el campo constitucional: no puede admitirse que al buscarse la protección del orden fundamental y la observancia del legislador a sus normas, se ocasionen a aquél adicionales o mayores problemas que resultarán, cuando menos, en obstáculos a la convivencia social porque no llevan a cabal cumplimiento los fines objetivos que para ella persigue la Constitución⁽⁸⁵⁾.

5. Resoluciones exhortativas

Este tipo de sentencias se refieren a resoluciones estimatorias calificadas en que el tribunal constitucional declara la invalidez total o parcial de la norma im-

(83) Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la suprema corte de justicia de la nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 86/2007, p. 778. Véase Balaguer Callejón *et al.*, *op. cit.*, nota 35, p. 242.

(84) Romboli, *op. cit.*, nota 70, p. 115.

(85) *Cfr.* Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 133.

pugnada, modulando temporalmente los efectos del fallo. En este supuesto, el órgano jurisdiccional estima que no debe inmediatamente expulsarse del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, por los efectos perniciosos a que daría lugar el vacío legal que ello ocasionaría, por lo que prefiere “exhortar” expresa o tácitamente al órgano legislativo para que sustituya la normatividad declarada inconstitucional, fijándole un plazo para ello.

Así, se concede una *vacatio sententiae*, esto es el diferimiento de los efectos temporales de la sentencia, la suspensión provisional de la invalidez decretada. En ese lapso puede suceder que el órgano emita la norma que reforme la declarada inconstitucional, pero también existe el riesgo de que no se cumpla con la exhortación porque no se den los consensos políticos necesarios para la aprobación de la nueva norma, negligencia u otro motivo. En estos supuestos, llegado el término o agotado el plazo prudente para la emisión de la nueva normatividad y ante la omisión del legislador, la suspensión dejaría de tener efectos y entraría la vigencia de la declaratoria de invalidez de la norma.

También puede suceder que en el fallo respectivo se declare la invalidez de la norma y se exhorte al órgano legislativo correspondiente que emita una nueva conforme los principios y lineamientos establecidos en la propia sentencia, de tal suerte que el legislador cumpla cabalmente con la constitucionalidad de la norma. En este supuesto también se puede señalar un plazo determinado para que el legislador emita la nueva disposición.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la primera acción de inconstitucionalidad en que la Suprema Corte declaró la invalidez de una norma general. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acumuladas, que dio origen al “recurso de queja” declarado “fundado” por defecto en el cumplimiento del fallo y que en su oportunidad analizamos; en este caso, según apuntamos, la ejecutoria de origen no se limitó a declarar la invalidez correspondiente, sino también a establecer lineamientos al órgano legislativo para que emitiera la norma correspondiente en un plazo de noventa días⁽⁸⁶⁾.

6. Otras resoluciones: apelativa y de aviso

En el derecho comparado también pueden encontrarse las resoluciones que referimos en el presente epígrafe⁽⁸⁷⁾. El interés que representan no es por sus con-

⁽⁸⁶⁾ Véase Acción de inconstitucionalidad. Procede el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en ese medio de control constitucional, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a época, t. XIX, marzo de 2004, tesis P./J. 15/2004, p. 956.

⁽⁸⁷⁾ Véanse Schlaich, *op. cit.*, nota 13, pp. 290-294; y Weber, Albrecht, “Alemania”, en Aja (ed.), *op. cit.*, nota 70, pp. 80-81.

secuencias prácticas –en realidad casi siempre se dan en resoluciones desestimatorias–, sino porque implican que el tribunal constitucional *trasciende los límites tradicionales de su actividad*, y no se limita a declarar la invalidez o confirmar la constitucionalidad de una legislación, sino a realizar otros pronunciamientos que no implican propiamente opinión jurisdiccional y que tienen que ver con la política legislativa. En realidad son “criterios constitucionales de orientación para el legislador”, que no vinculan pero sirven de referencia (son una forma de “cooperación” dirían algunos autores) para la futura normatividad.

Las resoluciones apelativas son un “llamado” al legislador en una sentencia desestimatoria que confirma la validez actual de una norma, pero advierte de la invalidez que sobrevendrá con posterioridad, instando al legislador a tomar medidas apropiadas para evitarla (como por virtud de una reforma constitucional publicada pero todavía no vigente, por ejemplo). Esta “apelación” al legislador también puede darse cuando existe una desestimación de la acción por improcedente, de tal suerte que el órgano constitucional sin decidir materialmente, hace notar al legislador federal la notoria inconstitucionalidad de la norma sobre la cual no se puede pronunciar por un obstáculo procesal insubsanable.

Tal fue el caso de la reciente controversia constitucional 59/2006 y otras. Como ya se refirió, en este asunto la Corte declaró improcedente la impugnación de la omisión legislativa relativa a las condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, debido a que el artículo 105 constitucional sólo permite la impugnación de normas y actos positivos, pero no la inexistencia absoluta de disposiciones. Sin embargo, por mayoría de siete votos contra uno, el Máximo Tribunal decidió que efectivamente existió una omisión del legislador federal, por lo que no obstante declarar la improcedencia respectiva, estimó oportuno “hacer notar” de manera expresa en la parte considerativa del fallo (no en la resolutive) las razones que motivan la inconstitucionalidad. Por su trascendencia, consideramos oportuno transcribir la parte relativa de esa sentencia:

...A pesar de la determinación anterior, esto es, que la controversia constitucional no contempla la posibilidad de que se controvierta una omisión legislativa, ello no es obstáculo para que este Alto Tribunal haga notar, que, en el caso, el legislador federal ha incurrido en una omisión legislativa.

En efecto, el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reformó mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el catorce de agosto de dos mil uno. De la lectura integral de la exposición de motivos, así como de los dictámenes que se dieron al seno del Congreso de la Unión, se ad-

vierte que el objeto de la reforma fue el reconocimiento y protección a nivel constitucional, de la cultura y derechos de los indígenas, sus pueblos y comunidades, dado el grave problema de discriminación, marginación y explotación del que han sido sujetos este grupo social; por tanto, el propósito de la reforma fue la de proteger la identidad de los indígenas y tomar las medidas necesarias para la mejora permanente de su situación y lograr su integración económica, social y política a la vida nacional.

De esta manera, en el Apartado A del referido artículo 2º constitucional, se reconoció y garantizó los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas; en tanto que, en el Apartado B del propio precepto constitucional, se contienen los instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades, eliminar toda causa de discriminación y obtener los niveles de bienestar de los citados pueblos y comunidades indígenas, entre ellos, (en lo que a este asunto concierne) la posibilidad para que aquéllos puedan adquirir y operar medios de comunicación para lo cual, el legislador federal quedó constreñido a instituir, mediante la adecuación de las leyes de la materia correspondiente, las condiciones necesarias para hacer posible, real y efectivo ese mandato constitucional.

Sin embargo, hasta la resolución de este asunto, el órgano legislativo federal, no ha emitido disposición jurídica alguna, para dar cumplimiento al referido mandato constitucional, por lo que es innegable que ha incurrido en una omisión legislativa.

Por último existen las “resoluciones de aviso” por las cuales se indica un cambio jurisprudencial o una tendencia que seguirá el tribunal, pero sin tener la consecuencia de que se aplique al caso concreto, principalmente por razones de seguridad jurídica o falta de oportunidad. Además de los señalados por Weber sobre la inaplicación de un cambio de criterio sobre la procedencia de la queja constitucional –situación que en México podría darse hablando de precedentes que integran lagunas legales y no “meramente interpretan” la ley–, y el anuncio “a grandes rasgos” de los casos de restricción de la actividad pública gubernamental que podría tener efectos en la contienda electoral⁽⁸⁸⁾; un claro ejemplo de estas insólitas resoluciones a nuestro parecer fue el caso *Naftalin v. King* resuelto por la Suprema Corte del Estado norteamericano de Minnesota⁽⁸⁹⁾.

(88) *Op. cit.*, nota 87, p. 81; y BVerfGE 22, 349 (358-359), y 44, 125 (148-156).

(89) 257 Minn. 498 (1960). Véanse los comentarios sobre este asunto de Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 116-122.

En ese asunto se puso a consideración del tribunal si la emisión y venta de certificados cuyo monto total era superior al autorizado para la deuda pública por la Constitución local, constituían un pasivo para el Estado y por lo tanto debían ser ilícitos al igual que la ley que los promovió. La Corte resolvió con base en varios precedentes que previamente habían tenido por legítima dicha ley, pero que en este nuevo caso ella misma ya apreciaba como estaban basados en un “razonamiento falaz” y que resultaban “erróneos”, de modo que la disposición legal en cuestión era materialmente inconstitucional; sin embargo, concluyó, “el *stare decisis* debe seguirse cuando resultará menos injusticia de la continuación [...] de una teoría errónea que de su corrección”, por lo que persistió en la interpretación que dio en casos anteriores para evitar dilaciones, dificultades y confusión en la construcción y rehabilitación de diversos hospitales (pp. 500-502); y antes de finalizar expresó que “*si se presentase a este Tribunal otra vez el tema, en relación con leyes futuras [...], éstas deberán ser declaradas violatorias de la Constitución*” (p. 503). Contra esta resolución, el *justice* Knutson en su voto particular opinó que “la ley ahora bajo consideración tiene que ser declarada constitucional o inconstitucional de acuerdo al lenguaje de la Constitución. No puede ser una cosa hoy y otra mañana” (p. 511, cursivas suprimidas); lo cual muestra incipientemente la polémica que pueden desatar este tipo específico de resoluciones, que se incluirían en las prácticas contradictorias en que caen a veces los tribunales y “que aparentan no inquietarlos”⁽⁹⁰⁾, lo que fuerza a recomendar suma prudencia en su emisión.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 33-34.

A PROPÓSITO DEL “JUEZ ACTOR”, DEL “JUEZ INVESTIGADOR” Y DEL “JUEZ PRESERVADOR”, EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (*)

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
(Argentina)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las ideologías en juego. El activo “Juez Hércules”. 3. La contraposición ideológica: el garantismo. 4. Recapitulación. 5. Evaluación.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal constitucional registra algunas figuras procesales de indudable interés:

- a) Una de ellas, de viejo cuño, es la que podría denominarse el *juez actor* (en el sentido de juez promotor del proceso que él mismo debe resolver), y aparece en el “hábeas corpus de oficio”, de uso en algunas legislaciones. Por ejemplo, el art. 11 de la ley argentina 23.098, confiere a un tribunal o juez la facultad de iniciar un proceso de hábeas corpus, cuando “tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia, o inferior administrativo, político y militar, y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus”. En tal caso, es dicho juez quien expide por sí mismo el “auto” de hábeas cor-

(*) El presente trabajo se incluye dentro del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

pus, para que la autoridad traiga al detenido a su presencia, y después resuelve lo que corresponda⁽¹⁾.

- b) El art. 32 de la Ley argentina General del Ambiente 25.675 contiene dos dispositivos procesales de singular atracción. De hecho, cláusulas como las que vamos a analizar pueden repetirse en cualquier ley reguladora de derechos constitucionales difusos, también llamados “de incidencia colectiva”; y plantean una sugestiva confrontación entre la necesidad de proteger especialmente determinados bienes constitucionales (en el caso, el medio ambiente), y la necesidad de salvaguardar el principio del debido proceso.

El primero de aquellos mecanismos a los que hacemos referencia es el de la producción de pruebas de oficio: “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. Emerge aquí el *juez investigador*.

El segundo alude a la adopción, igualmente de oficio, de medidas precautorias: “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”. En este caso, entra en acción el que llamamos *juez preservador*.

Tales reglas se aplican, en la medida pertinente y cuando pudieren corresponder, a la acción de recomposición del daño ambiental y a la de indemnización del ambiente dañado, contempladas por el art. 30 de la referida ley. Pero parecen especialmente atractivas (máxime, las medidas de urgencia) para otra acción específica, el amparo ambiental, que procura, según la misma norma, “la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

La presencia de estas reglas ambientalistas ha provocado, en general, aplausos en el ámbito procesal civilista. Desde luego, se ha advertido que importan un cambio en la mentalidad tradicional del juez (que incluso puede alterar la imagen clásica del magistrado neutral y, de algún modo, pasivo, condicionado por las peticiones y el impulso de las partes), por la de un juez comprometido con la tutela del ambiente y poseedor de un nuevo arsenal de derechos/deberes que le

(1) Numerosas constituciones provinciales mantienen el instituto del hábeas corpus de oficio: por ejemplo, Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, etc. Nos remitimos a nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 4ª. ed., Buenos Aires 2008, ed. Astrea, t. 4 pág. 438 y siguientes.

fuerzan a un intervencionismo para el cual no ha sido históricamente entrenado, según la formación académica y la experiencia forense prevaleciente hasta ahora en el ámbito civil⁽²⁾.

Un verdadero desafío, en síntesis, no exento de una dosis de conflictividad que cabe asumir.

2. LAS IDEOLOGÍAS EN JUEGO. EL ACTIVO “JUEZ HÉRCULES”⁽³⁾

Es evidente que preceptos como los señalados se insertan en un marco ideológico preciso, de profundo corte “activista”, que asigna al juez un notorio y decisivo protagonismo en el proceso.

Las bases del perfil de ese magistrado o súper juez pueden ser varias:

- a) la búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rituarías. Ello permite hablar de una “tendencia institucional del proceso a la verdad”, y de otra “tendencia personal del juez” hacia la misma verdad (Bertolino), cosa que puede importar no solamente (i) la condena a la renuncia conciente a la verdad jurídicamente objetiva⁽⁴⁾, por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada ni idóneamente gestionada por los litigantes, sino también (ii) la tarea –por el juez– de realizar trabajos puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, para ciertas posturas, las medidas para mejor proveer, por ejemplo, pasan de ser actos opciona-

(2) Ver Sagüés Néstor Pedro, *El amparo ambiental*, en “La Ley” 2004-D-1194, y *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 5ª. ed., Buenos Aires 2007, ed. Astrea, t. 3 pág. 655 y sigts. Conviene alertar que el art. 32 de la ley 25.675 incluía otra regla, más audaz todavía, que confería al juez, según las reglas de la sana crítica, la facultad de “extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”, vale decir, la posibilidad de dictar sentencias *extra petita*. Este ramo de la ley fue vetado por el Poder Ejecutivo, quien entendió que violaba el principio de congruencia procesal.

(3) Como se sabe, Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona 1987, ed. Ariel, pág. 177), alude al imaginario “Juez Hércules” como un jurista “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”. En nuestro trabajo, el “Juez Hércules” es un magistrado con facultades ultrapotenciadas.

(4) La doctrina de la “verdad jurídica objetiva” puede perfilar una figura jurídica autónoma, como lo destaca Pedro J. Bertolino (de su autoría, consultar el excelente estudio *La verdad jurídica objetiva*, 2ª. edición, Buenos Aires 2007, ed. Lexis-Nexis, pág. 3 y siguientes, 65 y siguientes, con mención de la tendencia institucional del proceso a la búsqueda de la verdad). Sobre el tema, nos remitimos también a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed. (Buenos Aires 2002), ed. Astrea, t. 2 pág. 201 y sigts.

les para convertirse, en algunas versiones muy decididas, en comportamientos obligatorios para el magistrado, condenándose su no realización⁽⁵⁾.

- b) la clara meta de obtener una justicia y equidad igualmente material, real o sustancial, en la decisión final del tribunal⁽⁶⁾, para satisfacer (en el caso argentino) el postulado insertado explícitamente en el preámbulo de la Constitución, de “afianzar la justicia”, que también consta en otras leyes supremas.
- c) algunas veces, una sensible devaluación (y en algunos casos, hasta superación) del cumplimiento de los recaudos formales y cargas que deben observar las partes en el curso del proceso, con más la amenaza de descalificar su exigencia por los jueces, con el rótulo de “exceso rituario” o clisés parecidos.
- d) la cotización, muy alta por cierto, del valor utilidad (o si se prefiere, eficacia o eficiencia) en el sistema de administración de justicia, privilegiándolo sobre otros principios, como los de neutralidad del magistrado o de bilateralidad/ igualdad de trato a las partes de la litis. Ello puede acarrear, asimismo, el retraimiento de algunas reglas clásicas del debido proceso en materia de contradicción, y el incremento de resoluciones judiciales (también en temas de fondo) adoptadas sin previa audiencia de la contraparte, con, además, una moderación de la capacidad procesal de esta última para atacar con vigor lo así decidido (fomento, sobre todo en los procesos urgentes, de una “bilateralidad atenuada”).
- e) la aplicación intensa del “principio de protección” o “de promoción” en materia de derechos humanos, en particular de los fundamentales, en el sentido que el juez no debe ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de

⁽⁵⁾ Por ejemplo, en “Díaz v. Quintana”, la Corte Suprema de Justicia argentina (*Fallos*, 307:1028), ante la posible deficiencia de una de las partes en el debido diligenciamiento de una prueba conducente para la solución del litigio, reprocha de todos modos a un tribunal no haber hecho mano de sus facultades para dictar medidas para mejor proveer, antes de dictar sentencia, a fin de dictar la resolución adecuada. Para la concepción tradicional, esas medidas son discrecionales de los jueces, de tal modo que no cabría reproche por no haberlas ejercitado. Sin embargo, la Corte revocó la sentencia pronunciada sin haberse practicado dichas medidas. Un antecedente fuertemente activista, en ese sentido, es “Oilher v. Arenillas” (*Fallos*, 302:1621), donde la Corte Suprema detecta también arbitrariedad en una sentencia dictada sin haber hecho el tribunal *a quo* uso de medidas para mejor proveer. Existen otros veredictos similares de la Corte.

⁽⁶⁾ El compromiso del juez con la verdad y con la justicia es destacado, por ejemplo, por Osvaldo A. Gozaini, quien escribe que ante la ausencia de la prueba ofrecida, el magistrado puede convocarla y producirla si considera que mediante ello se incorpora un elemento decisivo para resolver la litis, “siempre que ello sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa”. La tesis contraria llevaría al juez a una actividad pasiva “que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, (que) no se conforma con el servicio de justicia”. Ver Gozaini Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso* (Santa Fe, 2004), ed.

tales derechos, sino que tiene que tutelarlos activamente, lo que importa no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sino apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse, asimismo, en la sustitución de una “interpretación imparcial” de las normas, por una “interpretación tuitiva” del derecho en cuestión, e indirectamente de quienes son los portadores de ese derecho. Algunos autores programan incluso una “jurisdicción protectora”, distinta de la tradicional, o “jurisdicción dirimente”, con roles judiciales obviamente muy potenciados⁽⁷⁾.

En ese terreno, se sostiene que el deber de preservación, de garantía y de aplicación de dichos derechos no es tarea exclusiva del Poder Ejecutivo o del Legislativo, sino también compromiso específico de la judicatura, cosa que exige, para el juez del caso, una necesaria actitud de sensibilidad⁽⁸⁾. Y una obligación no abstracta, o meramente conceptual, sino puntual y especificada en las causas que debe investigar y resolver.

- f) la conversión del juez civil y comercial, de algún modo, en una especie de (más o menos diluido) juez penal instructor, con amplios poderes (y deberes) de investigación, tanto en general, como de modo puntual y destacado, en lo que hace a la tutela de los derechos humanos fundamentales.
- g) en términos amplios, entender que en el ordenamiento jurídico –y en particular, en la Constitución– hay más, y valen más, los “principios” que las “normas”, y que aquéllos, por su carácter indeterminado, deben ser cotidianamente precisados por el juez activista. El peso de las “normas” y de la autoridad del Poder Legislativo que las ha engendrado, puede ceder así ante el predominio

Rubinzal-Culzoni, págs. 268/9. Del mismo autor, consultar *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo* (Querétaro, 2002), ed. Fundap, *passim*.

⁽⁷⁾ Ver Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed. (Buenos Aires, 2006), ed. Lexis-Nexis, págs. 214/5. Sobre la “jurisdicción dirimente” y la “jurisdicción protectora”, ver Rivas Adolfo A., *El amparo*, (Buenos Aires 2003), 3ª. ed., La Rocca, págs. 58/9.

⁽⁸⁾ Ver por ejemplo Espinal Irias Rigoberto, *El juez y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de derecho*, en Autores Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos* (San José de Costa Rica, 1993), págs. 41 a 43. Cabe recordar que el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica obliga a los estados nacionales a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades enunciadas en el Pacto, y que entre ellas (las de “otro carácter”), pueden entenderse las sentencias dictadas por tribunales. Así se consideró, v. gr., respecto del ejercicio del derecho de réplica enunciado por el art. 14 del Pacto. Éste contempla explícitamente una ley reglamentaria del mismo, pero en la práctica, después del caso “Ekmekdjian v. Sofóvich” (La Ley, 1992-C-543), se ha instrumentado en Argentina, en el orden federal, merced a sentencias judiciales.

de la rama judicial del gobierno, cuyo robustecimiento aumenta también⁽⁹⁾: i) ante un uso intenso del control judicial de constitucionalidad, que involucra ahora una más intensa fiscalización de razonabilidad de la norma legislativa; ii) el lanzamiento, por parte de la judicatura, de verdaderas “leyes judiciales”, esto es, la sentencia (o “sentencia-ley”) que define y explicita esos principios, modela o destruye las normas legislativas, con fallos dotados de efectos expansivos o *erga omnes*, de uso obligatorio por los tribunales inferiores e incluso con pretensión de obediencia para los otros poderes⁽¹⁰⁾, y iii) una arrolladora judicialización de la mayor parte de las otrora *political questions*, o asuntos no justiciables⁽¹¹⁾. Así, se remiten a los tribunales asuntos como cuáles son los programas que deberían difundir obligatoriamente los canales de televisión, dónde debería construirse un dique o un canal, determinar si un penal de fútbol fue mal o bien decidido por el árbitro del partido, decidir si los fondos dispuestos por el Congreso para ayuda social resultan o no suficientes, corrigiendo llegado el caso el presupuesto aprobado por ley, resolver cuál es el profesor que debe triunfar en un concurso universitario, revisando para ello las pruebas de oposición y llevando el caso, de ser necesario, ante la propia Corte Suprema, etc. etc.

3. LA CONTRAPOSICIÓN IDEOLÓGICA: EL GARANTISMO

Desde luego, nada es pacífico en ese tema. Las críticas al escenario anteriormente descripto son igualmente intensas. *Grosso modo*, el contrafrente garantista⁽¹²⁾ postula un redimensionamiento del rol del juez, en base a estas premisas:

(9) Cfr. Prieto Sanchís Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed. (Madrid, 2005), ed. Trotta, pág. 131 y sigts. El autor observa que el problema puede desembocar en la omnipotencia judicial. En definitiva, apunta, las leyes siguen condicionando a los jueces, pero solamente a través de la interpretación constitucional que ellos hagan de esas normas (págs. 130/1).

(10) Interesa apuntar que en Argentina, en el orden federal, la Corte Suprema ha creado jurisprudencialmente, y sin previsión constitucional alguna, la doctrina del efecto vinculante de sus pronunciamientos, que deben por tanto ser seguidos por los demás tribunales del país, salvo que dieran motivos valederos y novedosos (no tratados por la Corte) para poder apartarse de aquellas pautas. V. sobre el tema nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, ob. cit., t. 1 pág. 184 y sigts. Al parecer, ciertas cortes supremas provinciales han seguido un camino parecido.

(11) Incluso, alguna Sala Constitucional, como la de Costa Rica, ha anunciado el fin de las cuestiones políticas no justiciables: V. Sagüés Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires 2005, Lexis Nexis, pág. 285 y sigts.

(12) Los rótulos de “activismo” y de “garantismo” son en buena medida discrecionales y confusos. Las posturas “activistas” también se reputan materialmente garantistas (por ejemplo, del principio constitucional –preámbulo de la constitución argentina– de “afianzar la justicia”,

- a) una concepción unitaria básica del proceso, en instituciones trascendentes como acción, proceso, jurisdicción, pretensión, instancias, procedimientos, actividad confirmatoria y recursiva⁽¹³⁾, lo que implica de algún modo transportar al ámbito civil ciertas líneas fundamentales del actual proceso penal, entendido éste, por muchos, no como un dispositivo orientado hacia la búsqueda de la “verdad material”, real u objetiva⁽¹⁴⁾, sino de (en el mejor de los casos), la “verdad procesal”⁽¹⁵⁾. Además, la evolución habida en el proceso penal, esto es, de modo especial, el abandono del principio inquisitivo (de amplias facultades y deberes para el juez) por el acusatorio (régimen donde el protagonismo procesal vuelve a estar en manos de la fiscalía y la defensa), viene a impactar decisivamente en la esfera del proceso civil, y debe suscitar mutaciones parecidas⁽¹⁶⁾. Para las posiciones garantistas, el Juez Hércules es un resabio de doctrinas autoritarias e inquisitoriales, y hasta el juez instructor penal tradicional, un juez sospechado de inconstitucionalidad.
- b) una fuerte cotización de la idea del “debido proceso” adjetivo, y en particular, dentro del mismo, de la imagen del juez, que debe ser tanto *independiente* (no sometido a factores externos), como *imparcial*, en su doble versión de (i)

de la directriz constitucional –art. 43– de la rapidez y expeditividad en el amparo, etc.), mientras que las corrientes “garantistas” no reniegan de un juez activo destinado a cumplir con los deberes y facultades propios de los magistrados, pero sin exceder sus roles naturales. Por lo demás, no existen versiones únicas del “activismo” y del “garantismo”. En derecho procesal penal, el garantismo tiende a presentar a ese proceso especialmente como un mecanismo de tutela de los derechos del acusado.

(13) Ver Chacón Corado Mauro, *La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades)*, en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso* (Rosario, 2001), ed. Juris, pág. 211; Benabentos Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal*, (Rosario, 2001), ed. Juris, pág. 171 y sigts., 218 y sigts.

(14) Cfr. Alvarado Velloso Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, 2003), ed. Zeus, pág. 152.

(15) Benabentos Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal*, ob. cit., pág. 394. Sobre la “verdad procesal” y la “verdad correspondencia”, ver Corvalán Víctor R., *Acción y reacción en el proceso*, en Autores varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., pág. 44/5. En el sentido que en el proceso penal, el fin más relevante es el respeto de los derechos del imputado, lo que se denomina “misión garantista” del derecho procesal penal, v. Pastor Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho* (Buenos Aires 2002), ed. Ad-Hoc y Fundación Adenauer, pág. 554.

(16) Ello conduce a rechazar la absolución de posiciones en sede civil, por el principio constitucional, elaborado en principio para el ámbito penal, de no ser obligado a declarar contra sí mismo: ver sobre el tema Alvarado Velloso Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, ob. cit., pág. 153.

imparcialidad subjetiva (no tener interés en la litis, no estar involucrado con las partes, v. gr.), y de (ii) *imparcialidad objetiva* o funcional (no adoptar en el proceso roles que comprometan la sentencia que debe pronunciar. Por ejemplo, no ser juez de instrucción y del plenario⁽¹⁷⁾; no disponer el juez penal (y aun el civil) pruebas de oficio⁽¹⁸⁾, e incluso en el fuero civil, no dictar medidas para mejor proveer⁽¹⁹⁾).

Lo anterior puede conducir a la desconfianza hacia el juez “protector”, ya que un juez encargado enfáticamente por la ley de asegurar la tutela de algo reclamado por alguien, o de alguien que reclama algo, con obligaciones procesales para actuar protagónicamente en dicho sentido, en esa gestión de auxilio en pro de una de las posiciones en debate, podría perder una significativa cuota de imparcialidad y volverse “parte”, o juez “*partial*”. De ahí la condena al “juez defensor” de una de las partes⁽²⁰⁾, y obviamente, del “juez actor”, equivalente a un juez demandante.

(17) Tal doctrina es recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Dieser-Fraticelli”, sentencia del 8/8/06, “Jurisprudencia Argentina” 2006-IV-452. Allí el tribunal apunta que la “imparcialidad objetiva” exige que el juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar “cualquier duda” acerca de la imparcialidad observable en el proceso. La Corte Suprema sigue el dictamen del Procurador General de la Nación, que se remite a pautas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mejía v. Perú”, informe 5/96 del 1/3/96, y cita asimismo el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2/7/2004.

(18) Cfr. Montero Aroca Juan, *La prueba de oficio (Libertad y garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)*, comunicación presentada ante el Congreso panameño de derecho procesal, versión fotocopiada, pág. 275/6. El autor señala que la condición del juez como genuino “tercero” en el proceso, exige que no sea al mismo tiempo parte, ni que realice actos propios de una parte, como ofrecer pruebas. Agrega que detrás de este debate existe un significativo trasfondo ideológico que supera un análisis meramente técnico acerca de las facultades del juez. El asunto se conecta también con el sentido de la prueba, que no es alcanzar a descubrir una presunta verdad objetiva o real, sino cumplir con una tarea de verificación de los hechos alegados y controvertidos por las partes, pero conforme el procedimiento legal en vigor, debiendo tenerse presente que hay valores o derechos superiores a la verdad misma (de ahí que haya pruebas ilícitas o no permitidas, por ejemplo: pág. 281). Concluye sosteniendo que el llamado activismo judicial, por su trasfondo autoritario (fascista o comunista), importa una suerte de enfermedad (pág. 291). Agradezco a la Dra. Andrea Meroi el aporte bibliográfico utilizado.

(19) Ver Botto Oakley Hugo, *Inconstitucionalidad de las medidas p ara mejor proveer* (Rosario, 2004), ed. Juris, *passim*, con un detallado estudio del tema en numerosos códigos procesales en lo civil y comercial.

(20) Sobre la condena de “la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes...”, V. Alvarado Velloso Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, pág. 306. Ver también Montero Aroca Juan, *Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías auto-*

No se trata, desde luego, que ciertos bienes o personas queden desprotegidos, si hay un interés público (o un bien común público) relevante en su defensa. Lo que se procura es que esa defensa quede a cargo y bajo la responsabilidad de *otros* (abogado defensor, y de ser necesario, de un ministerio público altamente calificado, en concurrencia —o no— con la defensoría del pueblo u otro organismo análogo, y asimismo, organizaciones destinadas a la tutela de bienes colectivos, lo que implicaría una “socialización de la legitimación”), pero no del *juez* que *imparcialmente* debe decidir el litigio⁽²¹⁾.

4. RECAPITULACIÓN

En definitiva, cabe asumir que en distintos ámbitos del derecho existe en la actualidad un profundo debate acerca de los papeles que puede o que debe asumir el juez, y que la solución adoptada por leyes como la argentina 25.675 que mencionamos, en aras de programar medidas precautorias y probanzas de oficio, puede merecer la entusiasta adhesión de buena parte de la doctrina, pero también generar reflexiones críticas muy serias por otro sector de la literatura especializada.

En concreto, quienes procuran crear en el fuero civil un clima con fuerte presencia procesal penal contemporánea, esto es, con un esquema garantista moldeado en un principio acusatorio coincidente con un profundo principio dispositivo civil, aquellas atribuciones, a las que se acusa de atentatorias contra la *imparcialidad* judicial, pecarían de inconstitucionalidad.

Dentro de ese paisaje agonal (en el sentido de territorio jurídico con un alto grado de conflictividad, lucha y disenso), es posible contraponer distintos modelos de “proceso”. Así, por ejemplo, Osvaldo Gozaíni distingue lo que denomina el

ritarias y la pérdida de sentido de la realidad, en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., pág. 243.

(21) El tema es por cierto complejo. De alguna manera, la configuración del ministerio público con legitimación activa en los procesos no dispositivos ha hecho que Juan Montero Aroca lo califique, en ciertos casos, como “creación de una parte artificial”, algunas veces actuante no en virtud del principio de oportunidad, sino de necesidad: *La prueba de oficio en el proceso civil (la situación en el derecho español)*, versión fotocopiada, pág. 25. Sobre la participación de asociaciones en procesos donde estuvieren en juego bienes públicos o colectivos, ver del mismo autor, *Los poderes del juez en el proceso civil*, ob. cit., pág. 243. Advertimos al respecto que el otorgamiento de roles protectores de la sociedad por parte del ministerio público, al estilo del art. 120 de la constitución argentina, no constituye algo anómalo. Pero la constitución (art. 43 de la argentina, v. gr.) puede encomendar esa actuación también a otro sujeto, como lo hace con el Defensor del Pueblo en los amparos relativos a los derechos de incidencia colectiva, entre los que se encuentran los ambientales.

proceso garantista del proceso moderno, por cierto que con notas diferenciatorias algunas veces muy pronunciadas⁽²²⁾.

Curiosamente, sin embargo, de proyectarse el esquema garantista a la tutela de *todos* los derechos fundamentales (esto es, no solamente los procesal-penales)⁽²³⁾, las medidas probatorias y cautelares de oficio podrían algunas veces contar con la aprobación de parte de esta doctrina. El argumento es el siguiente: si la abstención probatoria y precautoria del juez (*ne procedat iudex ex officio*) se justifica en la esfera penal, en virtud del principio de inocencia y de la tutela procesal y penal a favor del acusado (agredido, según se explica, por el sistema punitivo del Estado, y de quien se afirma, es por lo común la parte débil del proceso penal), en otros ámbitos, y en garantía de otros derechos constitucionales “de prestaciones” (a la salud, la alimentación, el medio ambiente, v. gr.), la *garantía al débil* podría justificar un juez activista, pronto a auxiliar a quien necesita remedios, comida o la cesación a la agresiones al medio natural, prestaciones insuficientemente proporcionadas por aquel Estado⁽²⁴⁾.

Cabe destacar que no obstante ese posible enfoque de la cuestión, cierto garantismo que podríamos denominar “fuerte” sostiene que aún ante la presencia de intereses colectivos o en cuyo interés estamos (o deberíamos estar) todos involucrados, el juez debe ser incuestionablemente imparcial, no defensor de partes, y que lo que corresponde es conferir legitimación a otros sujetos, incluyendo

(22) Conforme al esquema desplegado por el referido autor, en una obra dedicada específicamente al tema, el proceso garantista afirma el carácter privado del conflicto, que el juez no intervenga con decisiones que afecten la disponibilidad de las partes, en quienes radica el impulso procesal; autoriza que el magistrado pueda sanear los vicios procesales, pero limita la iniciativa probatoria del juez, advierte que la carga probatoria pesa exclusivamente sobre las partes, y que la cosa juzgada es *inter alios acta*. En cambio, el proceso moderno afirma la condición de derecho público del proceso, subraya la calidad de director que asume el juez, a quien le otorga impulso de oficio, postula el deber del mismo de depurar los vicios procesales y de buscar la verdad con todos los medios disponibles, una mayor flexibilidad en la distribución de la carga de las pruebas y la posibilidad de expandir los efectos de la cosa juzgada a terceros. Ver Gozáini Osvaldo, *Problemas actuales del derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo judicial*, ob. cit., capítulo III.

(23) El garantismo tiene su cuna en el derecho penal y procesal penal, pero también se lo visualiza ahora como “técnica general de tutela de todos los derechos fundamentales”, para arribar a una “teoría general del garantismo”. Ver Andrés Ibáñez Perfecto, *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid 2005), ed. Trotta, págs. 60/1.

(24) Agradezco en este punto las observaciones críticas y el aporte del Profesor Mario E. Chaumet.

asociaciones específicas, para postular a favor de tales bienes, o flexibilizar dispositivos procesales tuitivos de ciertas partes, como medidas precautorias sin caución⁽²⁵⁾.

Aceptada –y subrayada– por la Corte Suprema argentina la doble condición de imparcialidad subjetiva y de imparcialidad objetiva que debe reunir el juez⁽²⁶⁾, como recaudos del debido proceso en lo criminal, y alertados de que la última de éstas puede no empalmar con la referida adopción oficiosa de pruebas y medidas cautelares, de acentuarse la exportación de las tendencias garantistas procesal-penales a la esfera civil (hipótesis por cierto no descartable, a tenor de las perspectivas de los últimos fallos de la Corte Suprema argentina), cabe preguntarse si normas legales como la indicada, en el punto que nos preocupa, no se encuentran en una situación de relativa “constitucionalidad precaria”⁽²⁷⁾. Esto es, que por ahora son *todavía* consideradas como constitucionales por buena parte de la doctrina (no por todos), pero que mañana podrían perder esa calificación, si se transportan más intensamente por los tribunales los principios del debido proceso penal al proceso civil, posibilidad que no es nada remota⁽²⁸⁾.

En el orden de las realidades prácticas, cabe preguntarse igualmente si no sería más adecuado conferir al ministerio público (ya fiscal, ya de la defensa), en tutela “de los intereses generales de la sociedad” –como expresamente lo dice el art. 120 de la Constitución argentina– una actuación intensa y plena en los procesos ambientales, con obvias facultades para ofrecer y reclamar la producción de pruebas y requerir amplias medidas precautorias, en vez de transferirle al juez funciones más propias de una parte que de un sujeto imparcial; o darle aquel papel al Defensor del Pueblo⁽²⁹⁾. Con esto se conformarían tanto –sin duda– las exigencias garantistas del debido proceso, como la útil y legítima custodia de un valor tan relevante como es la preservación del medio natural.

(25) Montero Aroca Juan, *La jurisdicción en el proceso civil y penal*, ob. cit., pág. 243.

(26) Por ejemplo, en el ya citado caso “Dieser – Fraticelli”, Jurisprudencia Argentina 2006-IV-452. Ver *supra*, nota 17.

(27) Sobre el tema de la inconstitucionalidad “precaria” o “endeble”, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos* (Buenos Aires 2006), ed. Ad-Hoc, pág. 78.

(28) En tal sentido, debe tenerse presente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, relativos al proceso penal, rigen en general y mínimamente en todo proceso (incluyendo el civil y el juicio político, v. gr.). V. Sagüés Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., pág. 159 y sigts.

(29) El art. 30 de la ley argentina general del ambiente 25.675, da legitimación activa al Defensor del Pueblo, entre otros, para plantear la acción de recomposición del ambiente dañado. No dice nada respecto de esa legitimación en cuanto el amparo ambiental de la última parte

5. EVALUACIÓN

Para entender parte de esta problemática debe tenerse en cuenta que el debate acerca de lo que es *constitucional* o *inconstitucional* dentro de un “debido proceso”, responde a pautas tributarias de posiciones ideológicas diferentes, y además, mutables.

Si existe una cláusula constitucional que defina la controversia acerca del juez activista o del juez garantista, a ella deberá en principio estarse. Pero a menudo, cabe destacarlo, no existe una respuesta constitucional explícita preconcebida por el constituyente, sino que ella se construye y varía según los operadores del sistema constitucional, en función del predominio de las posiciones “activistas” y “garantistas” en la doctrina y en la jurisprudencia de un país, y de las evoluciones que al respecto ocurran.

Por ejemplo, durante largas décadas resultó mayormente aceptada en la teoría constitucional y en la conciencia jurídica forense (salvo, desde luego, algunas discusiones), la existencia, constitucionalidad y funcionamiento de jueces instructores en lo penal, la concepción de la búsqueda de la verdad como meta del proceso, o el ejercicio de medidas para mejor proveer en distintos fueros. Hoy, en cambio, el panorama deja de ser pacífico y resulta hondamente polémico. El tránsito contemporáneo del sistema inquisitivo al acusatorio, en lo penal, y algunas veces sin que esa transformación estuviere retratada en el texto constitucional, es otra muestra de esos avatares. Un esquema reputado otrora como constitucional, pasa por ello a ser entrevistado hoy como inconstitucional, sin que cambie la letra de la Constitución, sino la interpretación que se hace de las palabras de esa constitución. De hecho, a menudo eso se opera con interpretaciones mutativas de la Constitución. Conforme a las mismas, el texto constitucional permanece incólume, pero su contenido normativo varía. El texto puede funcionar así como una suerte de caja o estuche de contenidos normativos distintos⁽³⁰⁾.

Simultáneamente, la actuación de operadores inter o supranacionales, mediante por ejemplo declaraciones de derechos humanos de fuente internacional, informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultas o sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de

del artículo. No obstante, como esta acción de amparo es de tipo popular (puede iniciarla “toda persona”), no existiría impedimento para que la promueva el Defensor del Pueblo, y también, pensamos, el Ministerio Público, en función –además– de los arts. 43 y 120 de la constitución argentina.

⁽³⁰⁾ Sobre la interpretación constitucional mutativa nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., pág. 42 y sigts.

otros organismos similares, producen modificaciones en el escenario constitucional doméstico. Son elementos condicionantes de la interpretación que pueda hacerse del derecho constitucional nacional, ya que se trata de normas y de veredictos que, con distinta intensidad por cierto, y en base a los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, presionan y reducen el margen de maniobra con que cuenta el operador nacional en su tarea de entender algo como constitucional o inconstitucional. Esto es: ese operador doméstico, cuando emite ese juicio de constitucionalidad acerca, por ejemplo, de medidas probatorias o cautelares de oficio, también debe preguntarse si ellas son o no jurídicamente válidas según el derecho internacional público vigente para ese Estado, tarea que le obliga a realizar, simultáneamente con el análisis de constitucionalidad, otro de *convencionalidad* (o de compatibilidad del instituto del caso con las convenciones e institutos internacionales en vigor)⁽³¹⁾.

En tanto y en cuanto ese bagaje normativo y directivo internacionalista extreme, v. gr., los recaudos que debe ostentar el juez en materia de imparcialidad objetiva, es posible que se acreciente el peso de las posiciones garantistas. En cambio, si acentúa los roles protectorios del juez en la vigencia de ciertos derechos humanos (e indirectamente, de los que son titulares de ellos), es factible que crezca el activismo judicial. La presión del derecho internacional público sobre el constitucional, por lo demás, se acrecienta día a día.

El observador jurídico tiene que asumir el estado de transición y de conflicto que existe en el tema. A falta de definiciones internacionalistas o constitucionales específicas y claras, también debe asumir que si se encuentra obligado a adoptar una respuesta concreta, lo hará en definitiva de acuerdo con las pautas ideológicas que reputa más valiosas, circunstancia que implica, en verdad, el ejercicio de una opción política, que desde luego tiene un costo muy alto. Tendrá, al respecto, que combinar la ética de los principios con la ética de las consecuencias, como diría Max Weber⁽³²⁾, y respetar la coherencia entre los valores y el pragmatismo. No es una empresa fácil, desde luego. En el párrafo anterior hemos intentado una aproximación hacia esa salida, dentro de un marco como Argentina, que puede no ser idéntico para cualquier Estado.

(31) El principio de “convencionalidad” ha sido enunciado, por ejemplo, en el fallo “Almonacid Arellano” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando 124, y puede consultarse en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2007, N° 2007-2, pág. 217 y sigts., esp. pág. 285. La Corte Suprema de Justicia Argentina lo recepciona en el caso “Mazzeo”: CSJN, 13/7/07, Jurisprudencia Argentina, 2007-III-573.

(32) Weber Max, *El político y el científico*, Buenos Aires 2005, ed. Libertador, sin mención de traductor, pág. 72.

El bien común nacional, que es un valor síntesis, es probable que aconseje recetas relativamente heterogéneas, no siempre iguales para cada comunidad, en función de la idiosincrasia, posibilidades, experiencias y realidades locales. Ellas pueden sugerir soluciones más activistas o más garantistas, según los casos, propias y adecuadas a cada medio.

LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

A Diego Valadés, en testimonio de su aporte al Derecho Constitucional.

CÉSAR LANDA (*)
(Perú)

SUMARIO: **I.** Presentación. **II.** Constitución: fuente de creación del Derecho. **2.1.** Tribunal Constitucional: creador de Derecho. **III.** Tribunal Constitucional y fuentes del Derecho. **3.1.** La sentencia de inconstitucionalidad. **3.2.** El precedente vinculante. **3.3.** La jurisprudencia constitucional. **IV.** Conclusión.

I. PRESENTACIÓN

En los últimos tiempos se ha aceptado, casi mayoritariamente, que la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional del Perú constituye parte del sistema de las fuentes de Derecho. Se señala “casi mayoritariamente”, dado que este tema ha generado polémica tanto a nivel jurídico como político, puesto que implica reconocer que las decisiones judiciales de un determinado órgano jurisdiccional son de observancia obligatoria no sólo para las partes involucradas en un proceso, sino que también para todos los poderes del Estado, así como para los ciudadanos⁽¹⁾.

(*) Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Las opiniones vertidas en el presente artículo son realizadas a título personal.

(1) En este sentido, a propósito de la experiencia europea, MORAL SORIANO ha señalado lo siguiente: “La ciencia del Derecho viene mostrando un creciente interés por el papel que las decisiones judiciales anteriores tienen en la solución de casos futuros. Tanto es así que, en el

Al respecto, el Tribunal Constitucional –en adelante, TC–, empezó a desarrollar dicha política jurisdiccional recién a partir del año 2002, pues no obstante existir formalmente desde 1996⁽²⁾, en la década de los noventa se expedieron pocas sentencias relevantes debido a que, como la mayoría de los poderes públicos, se encontraba en cautiverio del poder de turno⁽³⁾. Es por este motivo que la jurisprudencia expedida por el TC ha empezado a cobrar importancia a partir de la década actual, en que en democracia este órgano se ha nutrido de nueva doctrina y jurisprudencia nacional y comparada a efectos de producir sentencias de alta calidad, que permitan resolver casos concretos complejos y que, además, sirvan de base para la formación de los precedentes constitucionales⁽⁴⁾.

En este contexto la jurisprudencia del TC se ha ido fortaleciendo, pues las decisiones del TC deben ser de obligatorio cumplimiento tanto para las partes, como para los órganos del Estado y los particulares, de ser el caso; no sólo porque se trata de sentencias expedidas por el máximo intérprete de la Constitución, sino porque la finalidad de las mismas es preservar la vigencia de los derechos fundamentales, así como la supremacía jurídica de la Norma Fundamental.

En el desarrollo de dichos fines esenciales de la justicia constitucional se han planteado viejos y nuevos dilemas acerca de la posición de la Constitución –antes que la ley– como la fuente suprema de creación o validez del Derecho; la titularidad y legitimidad del TC como intérprete supremo de la Constitución y, en consecuencia, el rol que cumple en la creación del Derecho, y; finalmente, la naturaleza y límites de las sentencias constitucionales –inconstitucionalidad de

ámbito de los sistemas europeos de Derecho codificado, hemos pasado de hablar de la *jurisprudencia* de los órganos de casación a los *precedentes*; de posiciones como ‘la jurisprudencia no es fuente del Derecho’ a ‘hay que tener en cuenta los precedentes’, reconociéndoles de este modo cierta relevancia jurídica.” (MORAL SORIANO, LEONOR. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2003, p. 15).

(2) La Constitución de 1993 reemplazó al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979 por el actual Tribunal Constitucional. Al respecto, LANDA ARROYO, César. “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”. En *Pensamiento Constitucional*. Lima, PUCP - Fondo Editorial, 1995, pp.73-114.

(3) LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra editores, 2007, 3ª edición, pp. 265-319; asimismo, AGUIRRE ROCA, Manuel. “Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú”. En *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 13, Lima, 1997, pp. 117 ss.

(4) RUBIO, Marcial. *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*?. Lima: Fondo Editorial – PUCP, Lima, 2005, pp. 11-13; asimismo, ver “Mesa Redonda: Marcial Rubio, Néstor Pedro Sagüés, César Landa y Francisco Eguiguren, Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en el Perú: diez años después”. En: THÉMIS 55, Lima, 2008, pp. 13-27.

las normas legales, precedentes vinculantes y jurisprudencia constitucional— que se integran al sistema de fuentes del Derecho de manera diversa. Temas que a continuación se plantean.

II. CONSTITUCIÓN: FUENTE DE CREACIÓN DEL DERECHO

Si bien han existido momentos en el desarrollo y configuración del Estado de Derecho en que la Constitución no ha sido entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos; en la actualidad, no cabe duda que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional

Esta transición sólo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado Social de Derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces y tribunales, a la aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido⁽⁵⁾, sino también dentro de lo constitucionalmente posible⁽⁶⁾.

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que, tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, “a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”⁽⁷⁾.

Así, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del Derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurí-

(5) PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 251 ss.; ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984, pp. 277 ss.; asimismo, RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990, pp. 37 ss.

(6) CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 ss; asimismo, STARCK, Christian “Constitutional Interpretation”. En: Christian Starck (editor). *Studies in German Constitutionalism, the german contribution to the forth world congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 59 ss.

(7) KELSEN, Hans. “La Garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”. En: RDP, N.º XXXV, VADUZ, Topos Verlag, 1982, p. 204.

dico y vincula directamente a los poderes públicos y privados⁽⁸⁾; lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia y la propia jurisdicción⁽⁹⁾. En tal sentido se ha señalado que “si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más”⁽¹⁰⁾. Por tanto, la Constitución es considerada la *norma normarum* –la norma de creación de las normas– y la *lex legis* –la ley suprema–, que se extiende a todas las ramas del Derecho⁽¹¹⁾, siendo sus principios y disposiciones aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general⁽¹²⁾.

Ahora bien, cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital⁽¹³⁾. De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino “una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este

(8) GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: M. Carbonell (editor) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-IIIJ/UNAM, 2007, p. 23. Al respecto, también se ha señalado que “[el hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende –por así decirlo– la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución (...)]” (PEGORARO LUCIO y ANGELO RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: UNMSM, Grijley, 2003, p. 119). Ver también: PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 27.

(9) FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo... op. cit.*, pp.13 ss.; asimismo, ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: Joseph. Aguiló, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 113 ss.

(10) DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 76.

(11) Como bien apuntara PELLEGRINO ROSSI, la Constitución comprende las “têtes de chapitre” o epígrafes de todas las ramas del Derecho.

(12) HESSE, Honrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1885, p. 14.

(13) DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda Edición. 1987. p. 162; asimismo, ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.

modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura”⁽¹⁴⁾.

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital –*living constitution*– el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del Derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto –el Tribunal Constitucional–, un objeto –la Constitución– y un método –los tipos de interpretación y los tipos de sentencias–⁽¹⁵⁾.

Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional⁽¹⁶⁾. Este nuevo rol de la creación judicial del Derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado Constitucional y en particular de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales en los países de derecho romano-germánico.

Proceso que encuentra parangón en los tribunales supremos de los países del common law, por ello se ha señalado que se viene produciendo una convergencia de estos dos modelos o familias jurídicas⁽¹⁷⁾. Más aún, cuando el proceso de globalización internacional y regional no sólo abarca a la economía o a la política, sino también al Derecho; lo que se evidencia tanto en las sentencias de los tribunales internacionales de integración o derechos humanos –Tribunal de Luxemburgo o Corte Interamericana de Derechos Humanos–, como, también, a través de los tribunales constitucionales o supremos encargados de garantizar los derechos fundamentales.

(14) ROMANO, SANTI. El ordenamiento jurídico. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: *Instituto de Estudios Políticos*, 1963, p. 100.

(15) RUIZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En: AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Fragments para una teoría de la Constitución...* op. cit., pp. 69 ss.

(16) DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

(17) MERRYMAN, Jhon. “Convergence of civil law and common law”. En M. Cappelletti (editor). *New perspectives for a common law of Europe*. Italy: European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Editorial Porrúa, 1993, pp. 66-68.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico –dinámico y vital– presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del Derecho⁽¹⁸⁾ se plantea a continuación el rol del Tribunal como creador de Derecho.

2.1. Tribunal Constitucional: creador de Derecho

A partir del complejo proceso de constitucionalización del Derecho, si bien el Congreso es el órgano por excelencia de creación del Derecho a través de la ley, el TC también participa aunque subsidiariamente en la creación del mismo mediante la interpretación de la Constitución. Ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Al respecto, CAPPELLETTI, ha señalado que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”⁽¹⁹⁾.

El problema de grado que ello supone, siguiendo a HART podría oscilar entre la visión positivista del Derecho, que considera al TC como una “pesadilla”, y, el iusnaturalismo, que lo considera como un “noble sueño”. La pesadilla es esta imagen del juez que, frente a un vacío normativo o indeterminación de una disposición, casi no se distingue del legislador porque lo llena de contenido; mientras que en el noble sueño, frente a un vacío normativo o indeterminación de una disposición, el juez, si bien no encuentra una norma inequívoca, sí la halla en el sistema normativo, a través de los principios y valores –expresos o latentes– que le permitirán llegar a un resultado inequívoco⁽²⁰⁾.

A partir de esta realidad universal se abre un panorama en el que BULYGIN ha distinguido hasta tres teorías claramente diferenciadas en torno a la cuestión de si los jueces pueden o no crear Derecho:

- En primer lugar, la teoría tradicional, que sostiene que el derecho es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicar el derecho a los casos particulares.

(18) AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Colombia: Palestra – Temis, 2004, pp. 55-62.

(19) CAPPELLETTI, Mauro. “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. En: AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1984, p. 629.

(20) HART, Herbert. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño”. En: VV.AA. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.

- En segundo lugar, la teoría que sostiene que los jueces crean derecho cada vez que crean normas individuales, es decir, en cada caso concreto.
- Y, finalmente, la teoría según la cual los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero que sí lo hacen cuando crean normas generales en situaciones muy especiales⁽²¹⁾.

Para saber con qué concepción opera la justicia constitucional, habría antes que responder a la pregunta sobre con qué teoría de Constitución y del proceso opera el TC. Al respecto, cabe precisar que es con una teoría de la integración de la Constitución⁽²²⁾ y del Derecho Procesal Constitucional como concretización de la Constitución⁽²³⁾; porque son las que mejor explican el rol creador de Derecho; al reconocer en la Norma Suprema los alcances y la fuerza normativa y/o interpretativa con la que debe cumplir su rol la justicia constitucional. Por ello, en la actualidad los precedentes constitucionales del TC trascienden el caso concreto, vinculando no sólo a las instancias jurisdiccionales, sino a todos los poderes públicos y privados.

En consecuencia, las normas de origen judicial se incorporan al modelo jurídico constitucional peruano romano-germánico⁽²⁴⁾. Pero, ello sólo es posible a partir de comprender que la existencia del TC se basa en dos principios consustanciales que fundan el Estado Constitucional y Democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la Ley Fundamental sobre otras normas de inferior jerarquía; y, el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de valores democráticos, en virtud del cual se imparte justicia⁽²⁵⁾.

(21) BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?” En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 21. RUBIO Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”. En: *REDC*, Año 8, N° 22, enero-abril, 1988, pp. 9-51.

(22) SMEND, Rudolph. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC., 1985, pp. 287; al respecto, esta teoría es la que prevalece en los diferentes tribunales constitucionales contemporáneos; no obstante, se puede revisar la crítica normativista a dicha teoría en Kelsen, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 147.

(23) HÄBERLE. Peter. “El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En *Pensamiento Constitucional* Año VIII, N° 8. Lima, PUCP – Fondo Editorial, 2002, pp. 25-59; asimismo, LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra editores, 2004, pp. 278.

(24) AGUILÓ, Joseph. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel derecho, 2000, pp. 112-123.

(25) DE VEGA GARCÍA, Pedro. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” En: *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 298-302.

En lo que a su naturaleza se refiere, es preciso señalar que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido, a cabalidad, únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico-constitucional que lo regula; incluso el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político de la nación. Por ese motivo, hemos sostenido que el Tribunal Constitucional puede ser entendido no sólo como un órgano jurisdiccional sino también como un órgano constitucional y político⁽²⁶⁾.

Cuando nos referimos a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, en definitiva, no aludimos al sentido tradicional del término, como puede ser el de “hacer política”; sino el de “hacer derecho”. Por eso, antes bien, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento –en última instancia– como vocero del poder constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la Constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas –*political questions*–.

Si bien la tensión entre política y Derecho es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes debido al bajo consenso político entre la oposición y el gobierno para resolverlas en sede política; generándose una alta presión en la esfera de decisión judicial por parte de los poderes públicos, pero también de los poderes privados y fácticos.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada como en el Perú, donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido político, económico, social o cultural no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar. Sino que, al estar inmerso en ellas en su rol de tribunal imparcial puede generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional⁽²⁷⁾.

(26) HÄBERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional como poder político”. En HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: editorial Porrúa, 2005, pp. 91-123; asimismo, HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. México: editorial Porrúa, 2005, pp. 38-53.

(27) ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1997; asimismo, GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.

Sin embargo, lo que mejor caracteriza la facultad de hacer derecho del TC es su estatus jurisdiccional, a las que nos hemos referido en anteriores oportunidades; sin que con ello se pretenda, en modo alguno, restar importancia a las demás características de este órgano⁽²⁸⁾.

La Constitución de 1993 reconoce al TC como un órgano constitucional encargado del control de la Norma Fundamental (artículo 201°), al mismo tiempo que le confiere autonomía e independencia y establece su composición, el estatuto de sus miembros y el procedimiento para su elección⁽²⁹⁾. Adicionalmente, convierte al TC en una instancia de fallo sobre el fondo y la forma que resuelve en última y definitiva instancia las resoluciones *prima facie* denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (artículo 202° inciso 2); asimismo, lo faculta para declarar, en instancia única, la inconstitucionalidad de normas con rango de ley (artículo 202° inciso 1) y para resolver los conflictos de competencias o, de atribuciones asignadas directamente por la Constitución, conforme a ley (artículo 202° inciso 3).

De ahí que, el hecho que la Constitución peruana no comprendiera al TC como un órgano del Poder Judicial, no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional; por el contrario, el Tribunal asume la función de impartir justicia constitucional, puesto que le ha sido atribuida no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPC).

De esta manera, en tanto órgano jurisdiccional, el TC asume un activo control de constitucionalidad, no sólo como el supremo intérprete de la Constitución, sino también como el garante en última instancia del respeto de los

(28) LANDA ARROYO, César. “Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una Perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional”. En: *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 316-319.

(29) Artículo 201° de la Constitución de 1993.-

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

derechos fundamentales, precisando el contenido y los límites de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación⁽³⁰⁾. Dicha constatación permite sostener que el modelo de la justicia constitucional kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida que en el texto Constitucional no sólo existen derechos fundamentales, sino también principios constitucionales y valores superiores, que el Tribunal tiene como misión esencial tutelar y a veces, antes, desentraña su contenido normativo⁽³¹⁾.

En este orden de ideas, resulta imprescindible entender que dicho órgano debe contar con todas las prerrogativas derivadas de la Constitución y de la ley para cumplir su función, y que las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial, son el producto de las técnicas del método interpretativo constitucional que coadyuvan en gran medida a la realización de tal finalidad. Superando, así, la idea que existía en el Derecho clásico de que la labor del juez consistía únicamente en la aplicación del Derecho⁽³²⁾, esto es, el juez debía limitarse a subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar; por ello Montesquieu señalaría, en la primera hora del constitucionalismo, que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley.

Sin embargo, la teoría jurídica moderna ha dejado de lado esa concepción para dar paso a la noción del juez como creador del Derecho, es decir, que el juez constitucional no se limita a realizar la función cognoscitiva de la norma, como tampoco se puede reducir a una función volitiva, sino a una función institucional en la que debe optar entre los diversos contenidos normativos razonables de la ley, dentro de los parámetros de la *ratio* y *emotio* que la Constitución consagra⁽³³⁾.

(30) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*. Material de Lectura del Seminario-Taller internacional, en tres volúmenes. Lima, febrero-marzo, 2008, con el auspicio del Proyecto JUSPER de la Unión Europea; donde se recopilan los materiales de los ponentes, Manuel ATIENZA, Joseph AGUILÓ REGLA, Juan RUIZ MANERO, César ASTUDILLO y Gloria LOPERA.

(31) SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, 2ª edición, pp. 364-365.

(32) PRIETO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En la compilación del mismo autor”. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra editores, 2002, pp. 109-163; ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Navarra: 2004, pp. 77-108.

(33) BARAK, Aharon. “El rol de la Corte Suprema en una democracia”. EN *IUS ET VERITAS* año XIII N° 26. Junio, Lima. 2003, pp. 108-114; AJA, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. pp. 276 ss.; asimismo, LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001. pp. 85 ss.

Es a partir de esta nueva concepción de la labor del juez que resulta posible explicar la vital importancia de los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional que se expresan en las sentencias de inconstitucionalidad de las normas legales; así como en la figura propiamente del precedente vinculante y en la doctrina jurisprudencial.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y FUENTES DEL DERECHO

Resulta evidente que las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional expedida por el TC constituyen con matices –vinculantes fuerte o menos fuerte– fuentes del Derecho secundarias. Ello implica, también, asumir que las decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para los distintos poderes públicos y los ciudadanos. En efecto su valor vinculante o la obligatoriedad de referirse a ellos se puede decir que es una cuestión de intensidad. Por eso, se podría reconocer hasta tres grados de vinculación de las sentencias del TC: como *tener que* (müssen) acatar las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, como *deber* (sollen) de cumplir con los precedentes vinculantes y como *poder/deber* (können) de seguir la doctrina jurisprudencial⁽³⁴⁾.

Ello es importante porque los dos primeros tipos de sentencia se integran a las fuentes del Derecho, como fuente-normativa que está caracterizada por gozar de fuerza de ley activa –al expulsar una norma legal, llenar un vacío normativo u otorgar un sentido interpretativo– o fuerza de ley pasiva al resistir su modificación por otra sentencia que no provenga del propio supremo intérprete de la Constitución. Pero, por otro lado, el tercer tipo de sentencia se integra como fuente-argumentativa caracterizada también por gozar de fuerza activa y pasiva, pero a nivel hermenéutico o interpretativo, es decir cediendo un margen de apreciación al juez acerca de su carácter vinculante.

Con estos tipos de sentencias y grados de vinculación el TC ha venido contribuyendo a preservar la supremacía jurídica de la Norma Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; pero, también ha generado controversias. Por ello, a continuación, se desarrollará

⁽³⁴⁾ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: CEC, 1991, pp.134-143. Este autor finlandés siguiendo a PECZENIK, Alexander. *Grundlagen der juristischer Argumentation*. Wien–New York– Cambridge; Springer Verlag, 1983, pp. 57 ss., plantea un esquema más flexible de las fuentes: fuertemente vinculante –textos legales, costumbres–; débilmente vinculante –precedentes judiciales y trabajos preparatorios– y; fuentes del derecho permitidas –dogmática, derecho comparado, principios generales del derecho, principios morales, argumentos prácticos–.

brevemente cada una de estas fuentes del Derecho, a fin de dar cuenta de su importancia en nuestro sistema jurídico; asimismo, a modo de ejemplo, se citarán algunos casos relativos a la relación que existe entre las sentencias del TC y las fuentes primarias del Derecho –la Constitución y la ley–. Relación no siempre pacífica, puesto que las sentencias de este órgano constitucional deben integrar las necesidades de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales con las razones de la tutela objetiva de la Constitución, que se presentan por lo general en tensión permanente⁽³⁵⁾.

3.1. La sentencia de inconstitucionalidad

La Constitución de 1993 establece en su artículo 103° que “(...) La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”; asimismo, el artículo 204°, dispone que “[l]a sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

Así, con la emisión de una sentencia de inconstitucionalidad, el TC interviene directamente en la producción de las fuentes normativas del ordenamiento jurídico, puesto que declara la inconstitucionalidad de una norma legal –u otra de similar rango– con efectos generales, expulsándola definitivamente del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución o, en esa medida, otorgándole un sentido interpretativo que la haga conforme a la Norma Suprema⁽³⁶⁾.

En ese mismo sentido, el artículo 82° del CPC señala que “(...) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”. De no ser ése el caso, es decir, si el TC considera que la norma demandada es compatible con la Constitución y se pronuncia confirmando su constitucionalidad, “(...) los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...”,

(35) SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 62 ss.; asimismo, ZAGREBELSKY, Gustavo. “¿Derecho Procesal Constitucional?”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N.º IV, diciembre, 2001, Lima: Estudio Monroy, p. 415.

(36) STEIN, Torstein. “Tipos de sentencia constitucionales”. En *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N.º 12..., op. cit., pp. 143 ss.; DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra editores, 2003, pp. 445 ss.; asimismo, ROMBOLI, Roberto. “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional”. En *REDC* N.º 48, año 16, Madrid, 1996, pp. 35 ss.

de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del CPC es decir que *prima facie* –como se señala líneas adelante– dicha norma no podrá ser posteriormente inaplicada mediante el control judicial difuso en el Poder Judicial o en los tribunales de justicia administrativa⁽³⁷⁾.

Al respecto, es importante subrayar que la sentencia de inconstitucionalidad de una norma legal sólo puede ser aprobada por el Pleno del Tribunal con una mayoría no menor de cinco votos de sus siete magistrados y tiene una triple efectividad: fuerza de ley, cosa juzgada y en tanto tal vincula a todos los poderes públicos⁽³⁸⁾. En efecto, no cabe duda que cuando el TC sentencia la inconstitucionalidad de una norma legal, dicha declaración tiene efectos vinculantes u obligatorios para todos los poderes públicos, tal como se desprende del citado artículo 204° de la Constitución. De ahí que sea posible afirmar que el carácter vinculante de la sentencia de inconstitucionalidad del TC genera cosa juzgada constitucional en la medida en que las consecuencias van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que dicha sentencia es exigible no sólo para las partes del proceso, sino también para todos los poderes y órganos constitucionales, así como, para todos los casos futuros⁽³⁹⁾.

Una lógica consecuencia de dicha afirmación radica en que los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir las sentencias del TC sino a riesgo de vulnerar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución debido a que “[l]os Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (artículo VI *in fine* del CPC). En efecto, los tribunales o jueces ordinarios no pueden hacer caso omiso de las sentencias del TC porque con ello no sólo cuestionarían la supremacía y eficacia normativa de la Constitución sino que subvertirían el ordenamiento constitucional en su totalidad, introduciendo elementos de anarquía, proscrita en todo ordenamiento jurídico unitario, propio de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

En relación al Poder Judicial, si bien ello es así, en la medida que el TC es el supremo intérprete de la Constitución, tampoco quiere decir que el juez no pueda en su labor interpretativa considerar que la sentencia del Tribunal Constitucional

(37) STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque), FJ 50.

(38) DÍAZ REVORIO, Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 103-118; asimismo, LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, *op. cit.*, pp. 193-196.

(39) BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 232 ss.

que declara infundada una demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, mantiene la constitucionalidad de la norma legal, él pueda declararla inaplicable exclusivamente para ese caso específico mediante el control difuso. Pero, ello sólo es posible con la condición que hayan variado sustancialmente el tiempo y las condiciones objetivas *–rebus sic stantibus–* de dicho fallo supremo y se realice dicha declaración con lealtad constitucional a la interpretación que haya realizado el supremo intérprete de la Constitución. Claro que esta decisión judicial quedará siempre sujeta al eventual control del TC, mediante un proceso constitucional de amparo; habida cuenta que no existe en nuestro sistema la llamada cuestión de inconstitucionalidad⁽⁴⁰⁾.

En cuanto al Congreso, el fallo del TC que declara inconstitucional una norma legal y por tanto la expulsa del ordenamiento jurídico no puede ser nuevamente aprobada dado que dicha sentencia tiene fuerza de ley, es cosa juzgada y contiene carácter vinculante *erga omnes*. Sin embargo, la doctrina considera, también, que esta regla podría tener una excepción en el caso que las circunstancias y el tiempo hayan variado sustancialmente *–rebus sic stantibus–*, al punto que la norma legal inconstitucional de ayer resulte ser conforme a la Constitución en el futuro⁽⁴¹⁾. Este es el caso que podría suceder a partir de la mutación constitucional de los derechos fundamentales, como ha acontecido con el desarrollo jurisprudencial colombiano, donde lo que ayer era inconstitucional hoy vía interpretación de la Corte Constitucional ha adquirido visos de constitucionalidad –por ejemplo, en temas relativos a la legalización del aborto (C-355/06), eutanasia (C-239/97), reconocimiento patrimonial a las uniones homosexuales (C-336-08), entre otros–.

Ahora bien, en relación a las sentencias de inconstitucionalidad cabe también señalar que el TC peruano ha ido desarrollando de manera sistemática los tipos de sentencias, efectuando dicha clasificación por vez primera cuando resol-

(40) Esta postura es la que asumió el Tribunal Constitucional de España al señalar que: “Si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices, en orden a justificar la oposición –o la disconformidad– a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el Juez o el Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal” (STC, N.º 4/1981). Ver PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1985, p. 261.

(41) HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: UNAM – PUCP Fondo Editorial, 2003, pp. 58 ss. Donde analiza las dimensiones del tiempo y el espacio en la perspectiva de la evolución del Estado constitucional; asimismo, DE CABO, Carlos. “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”. En Miguel CARBONELL (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. México: Editorial Porrúa, 2002, pp. 45 ss.

vió un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación antiterrorista⁽⁴²⁾. En dicho proceso se puso en evidencia que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa, desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley u otra norma con rango de ley puede ser perjudicial para la sociedad –*horror vacui*–.

Es así que, a partir de la interpretación del sentido y alcance de las normas constitucionales; y sobre la base de la distinción entre disposición –es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras– y norma –esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la disposición–⁽⁴³⁾, el TC peruano desarrolló sentencias de principio⁽⁴⁴⁾, a fin de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos. De acuerdo a la referida clasificación las sentencias pueden ser⁽⁴⁵⁾:

A. Sentencias estimativas.– Son aquellas que declaran fundada una demanda. Su consecuencia es la eliminación o expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico y, a su vez, se clasifican en:

- a. Sentencias de simple anulación: dejan sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto normativo.
- b. Sentencias interpretativas propiamente dichas: declaran la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial.
- c. Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas): detectan y determinan la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de este tipo de sentencias se sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. Adicionalmente, las sentencias interpretativas-

(42) STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC, FJ 26-35.

(43) GUASTINI, Ricardo. *Le fonte del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 18.

(44) La doctrina suele clasificar, de modo general, las sentencias del Tribunal Constitucional en: sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colmando los vacíos normativos y forjando verdaderos precedentes vinculantes. MAUNZ, Theodor et al. *Bundesverfassungsgerichtsgezetts*. München: Verlag C.H. Beck, 2003, pp. 122 y ss.; SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Verlag C.H. Beck, 1997, pp. 260 y ss.

(45) STC Exp. N.º 004-2004-CC/TC, FJ 2-4.

manipulativas admiten la siguiente clasificación: sentencias reductoras, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas y sentencias estipulativas.

B. Sentencias desestimativas.– Son aquellas que declaran, según corresponda, inadmisibles, improcedentes o infundadas las demandas.

De acuerdo a lo expresado por el propio Tribunal⁽⁴⁶⁾, el fundamento de las denominadas sentencias interpretativas se encuentra en los artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución⁽⁴⁷⁾, que reconocen a esta última como norma jurídica (suprema); así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado de los artículos 102° inciso 2, 103° y 109° de la Constitución⁽⁴⁸⁾.

Finalmente, a modo de ejemplo, consideramos oportuno analizar la relación entre la sentencia de inconstitucionalidad –como fuente normativa– y las leyes de reforma constitucional; puesto que, en más de una ocasión, el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de resolver demandas de inconstitucionalidad dirigidas a cuestionar este tipo de normas⁽⁴⁹⁾, que si bien son

(46) STC. Exp. N.º 030-2005-AI/TC, FJ 53.

(47) Artículo 38° de la Constitución.-

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 45° de la Constitución.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...)

Artículo 51° de la Constitución.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

(48) Artículo 102° de la Constitución.-

Son atribuciones del Congreso: (...) 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. (...)

Artículo 103° de la Constitución.-

(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (...).

Artículo 109° de la Constitución.-

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

(49) STC Exp. N.º 014-2002-AI/TC (Caso: *Reforma de la Constitución*); STC Exp. N.º 0050-2004-AI/TC y otros (Caso: *Reforma del sistema de pensiones*); STC Exp. N.º 0024-2005-AI/TC (Caso: Miguel Ángel Muffarech).

aprobadas a través de una ley, se ha señalado que se trata de un supuesto de control de inconstitucionalidad no contemplado en el artículo 200° inciso 4 de la Constitución. No obstante que, el artículo 201° de la Constitución señala que “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”⁽⁵⁰⁾.

Al respecto, el Tribunal ha sido claro en señalar que no debe entenderse que la citada disposición constitucional del artículo 200° – 4 tiene un carácter taxativo, sino enunciativo; de ahí que también se haya sentenciado sobre la inconstitucionalidad de las normas legales aún vigentes de los gobiernos de facto como los llamados decretos leyes, aunque este supuesto tampoco haya estado previsto expresamente en el mencionado artículo de la Constitución⁽⁵¹⁾.

Por tanto, el TC ha manifestado ser competente para evaluar la constitucionalidad de aquellas disposiciones que, eventualmente, se puedan introducir a través de una ley de reforma constitucional; lo que resulta legítimo puesto que, por muy especial y singular que sea el poder constituyente instituido en las funciones legislativas del Congreso, a través del procedimiento de la reforma constitucional, no deja de ser un poder “constituyente-instituido” que actúa a través de una ley constitucional limitada, no sólo por la forma sino también *prima facie* por el fondo, y; por tanto, sujeta a control constitucional del TC. En efecto “cabe el control tanto por vicio formal (del procedimiento) como sustancial (violación de los límites materiales expresos o tácitos)”⁽⁵²⁾.

Admitida esta posibilidad, resta determinar el parámetro de control de constitucionalidad de una ley de reforma constitucional; tema que, sin duda, reviste cierta complejidad puesto que se trata de evaluar la validez de la Constitución reformada, cuando la propia Constitución a su vez es el canon básico y límite de la actuación del TC. Sin embargo, queda claro que el poder de reforma no es un poder ilimitado y, por ello resulta plenamente legítimo que el Tribunal evalúe si la

(50) Artículo 200° inciso 4 de la Constitución.-

Son garantías constitucionales: (...) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

(51) Así, en relación al Decreto Ley N° 25967, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia recaída en el Exp. N.° 007-96-I/TC; del mismo modo, en relación a los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880, se dictó la sentencia recaída en el Exp. 0010-2002-AI/TC (Caso: *Legislación Antiterrorista*).

(52) DE CABO MARTÍN, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta, 2003, p. 68.

ley de reforma constitucional respeta tanto sus límites formales como sus límites materiales⁽⁵³⁾.

En cuanto a los límites formales, éstos aluden a aquellos requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere⁽⁵⁴⁾ y su exigencia da cuenta que el rol del poder de reforma constitucional no es, ni puede ser, el mismo que el del poder constituyente, puesto que se trata en todo caso de un poder constituyente derivado y, en tanto tal un órgano constituido, potencialmente condicionado⁽⁵⁵⁾. De otro lado, los límites materiales explícitos o implícitos aluden a los fundamentos mismos de la Constitución, integrados por elementos valorativos o de identidad constitucionales, que se expresan en la dignidad humana, la vida, la libertad, la igualdad, la soberanía del pueblo, el Estado de Derecho, entre otros⁽⁵⁶⁾.

Caso reforma de la Constitución

Quizá uno de los casos más relevantes en que el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de una ley de reforma constitucional se dio con motivo de la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Constitucional N.º 28389 que reformó el sistema estatal de pensiones de los jubi-

(53) DA COSTA E SILVA, Gustavo. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro - São Paulo: 2000, pp. 85 ss.; asimismo, STC Exp. N.º 014-2002-AI, FJ 72.

(54) Sobre este punto, el TC ha identificado las siguientes variables:

- i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.
- ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.
- iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.” (STC Exp. N.º 014-2002-AI, FJ 72 ss.)

(55) DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 240 ss.

(56) CELOTTO, Alfonso. “El control sobre la reforma constitucional en Italia”. En *Justicia Constitucional* N.º 1 Año I, septiembre, Lima, 2006, pp. 191 ss.; PEGORARO, Lucio. “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución”. En *Pensamiento Constitucional* año VI, N.º 6. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 1999, pp. 236-237; asimismo, STC Exp. N.º 014-2002-AI, FJ 75.

lados del Decreto Ley N.º 20530⁽⁵⁷⁾. Esta sentencia es especialmente relevante no sólo porque vino a zanjar un tema trascendente tanto desde el punto de vista de los derechos sociales –concretamente sobre el derecho fundamental a la pensión– sino también porque evitó que el sistema nacional de la seguridad social colapse.

Entre los antecedentes del caso, se señala que en el año 2004, el Congreso de la República emprendió la aprobación de una ley de reforma constitucional del sistema de pensiones, con lo cual se cerró definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530. Ello como consecuencia de la desnaturalización del Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Prestados al Estado –uno de los dos principales regímenes de seguridad social a cargo del Estado a inicios de los años 1990–, que ocasionó una grave crisis del sistema de pensiones en el Perú, ante la imposibilidad económica por parte del Estado de cubrir el monto de las mismas y debido al aumento significativo de trabajadores que habían ingresado a dicho régimen, en muchos casos de forma irregular y en algunos con montos desproporcionados a la media nacional.

Una vez publicada la ley de reforma constitucional, se demandó su inconstitucionalidad, lo que dio lugar a un pronunciamiento por parte del Tribunal. Al respecto, cabe señalar que uno de los cuestionamientos más relevantes que se propuso fue que la reforma afectaba el principio de progresividad de los derechos sociales, al prohibir la “nivelación” de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores activos, eliminándose el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinarse a las decisiones y posibilidades económicas del Estado⁽⁵⁸⁾. Este cuestionamiento, a su vez, a juicio de los demandantes venía respaldado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cinco Pensionistas vs Perú*⁽⁵⁹⁾.

En su sentencia, el TC determinó –en base al principio de proporcionalidad– el contenido esencial del derecho a la pensión (artículo 11º de la Constitución) el cual estaba constituido por (a) el derecho de acceso a una pensión, (b) el derecho

(57) STC Exp. N.º 0050-2004-AI/TC y otros (expedientes acumulados).

(58) Dichas pensiones estaban dentro del sistema del Decreto Ley N.º 20530, denominado “cédula viva”; en virtud del cual recibían del Estado una pensión de cesantía nivelable, progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías.

(59) Este caso tiene relevancia porque la Corte, en esa oportunidad, reconoció a las pensiones como una esfera del derecho de propiedad privada. Con lo cual, se amplió la doctrina de los derechos humanos que había estado centrada en el restablecimiento de los clásicos derechos civiles y políticos. Al respecto, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003*. En: <http://www.corteidh.or.cr/>.

a no ser privado arbitrariamente de ella y (c) el derecho a una pensión mínima vital. Asimismo precisó, por un lado, su *contenido accidental*, determinado por el reajuste pensionario y por un tope pensionario máximo; y, de otro, su *contenido adicional* configurado por el derecho a la pensión de los ascendientes, a la pensión por viudez y a la pensión por orfandad.

Adicionalmente, el Tribunal consideró que si bien el derecho a la pensión es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de interés social o utilidad pública. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados⁽⁶⁰⁾. En consecuencia, si bien la pensión ingresa en la esfera de protección del derecho a la propiedad privada, ésta podría verse afectada; pero siempre que las limitaciones sean compatibles con el propio fin del sistema pensionario.

En este mismo sentido, el Tribunal señaló que valores superiores como la justicia, igualdad y solidaridad, en la mejora de la calidad de vida de los jubilados, constituían igualmente límites al derecho a la pensión. Y es que el sistema de pensiones previsto en Decreto Ley N.° 20530, había permitido ensanchar, injustificadamente, las diferencias entre los montos de las pensiones de este régimen⁽⁶¹⁾, convirtiendo a cada pensionista “en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, hartamente ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en el que cesó el pensionista”⁽⁶²⁾.

En consecuencia, el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de Reforma Constitucional N.° 28389 en razón a que,

⁽⁶⁰⁾ Esta posición del Tribunal tenía asidero también en el artículo 5° del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, «mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos». En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21° de la Convención Americana (al respecto ver el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de Febrero de 2003. Fundamento 116*).

⁽⁶¹⁾ En algunos casos las pensiones máximas alcanzaban una suma equivalente a \$ 8,500 dólares; mientras que en otros casos, las pensiones mínimas ascendían a sólo \$ 30 dólares.

⁽⁶²⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.° 0050-2004-AI/TC y otros (fundamento jurídico 64).

formalmente, la reforma respetaba el procedimiento previsto en el artículo 206° de la Constitución; y, materialmente, no se vulneraba el derecho fundamental a la pensión ni se afectaba irrazonablemente la progresividad y menos aún universalidad de la garantía institucional de la seguridad social. Finalmente, tampoco se impedía el aumento de la calidad de vida ni la vigencia de los derechos a la igualdad y a la propiedad de los pensionistas más necesitados.

El fuerte valor vinculante de esta sentencia del TC que desestimó la pretendida inconstitucionalidad de la ley de reforma constitucional, permitió asegurar la validez de dicha norma constitucional y, en consecuencia, su fuerza normativa activa y pasiva obligó a los poderes públicos y privados a tener que acatarla –*müssen*–. De donde se desprende que la sentencia se incorporó a las fuentes normativas del Derecho en un nivel o rango normativo constitucional. En consecuencia, siguiendo a DE CABO se puede señalar que “Las sentencias resolutorias en estos supuestos tendrían, no obstante, un carácter específico que las distinguiría del supuesto general en cuanto a que se configurarían como Fuentes constitucionales”⁽⁶³⁾.

3.2. El precedente vinculante

En un modelo jurídico clásico enraizado en el *civil law* o derecho romano-germánico, el Derecho es el producto de la norma legal legítimamente emanada del poder legislativo; por cuanto, en el Parlamento reside la representación de la soberanía popular. Potestad legislativa que a través de la ley y del principio de legalidad vertebran jurídicamente al Estado de Derecho. Mientras que, para el *common law* o derecho anglo-sajón el Derecho es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes, a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido y, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos –*stare decisis*–, llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos –*erga omnes*– a partir de casos particulares. Dichas sentencias con carácter vinculante de naturaleza hermenéutica o normativa, pero de alcance general, se configuran como fuente del Derecho como se ha señalado con diferentes grados de intensidad⁽⁶⁴⁾.

(63) DE CABO MARTÍN, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho...*, op. cit., pp. 68-69.

(64) TARUFFO, Michael. “Dimensiones del precedente judicial”. En: *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Escuela Judicial Electoral, 2003, pp. 193 ss.: asimismo, LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ, Marcos; PEGORARO, Lucio. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 105-115.

Ahora bien, si nos remontamos a su origen la figura del precedente vinculante surgió en el *common law*, sistema jurídico anglosajón en el que todo juez tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley en cada caso concreto, motivo por el cual se planteó la necesidad de que exista alguna regla que determine que lo resuelto en un caso sea de aplicación obligatoria a lo que se va a resolver en otro caso igual. De ahí que el deber (söllen) de cumplir con los precedentes tenga su sustento en el respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley; pues el mismo se vería vulnerado si lo resuelto en casos idénticos es no sólo distinto, sino también contradictorio.

La existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características⁽⁶⁵⁾. No obstante lo anterior, debe precisarse que la obligatoriedad derivada del precedente vinculante se relativiza a través de la facultad conferida al juez de modificar sus precedentes, precisándose que dicho cambio estará sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, tal como se mencionará más adelante.

Al respecto, es importante señalar que la regla según la cual los jueces anglosajones se encuentran vinculados por sus decisiones en casos anteriores es el denominado principio de *stare decisis*⁽⁶⁶⁾, el cual opera tanto de manera horizontal, es decir, como una forma de vincular a cada juez a sus propias decisiones; como de manera vertical, estableciendo que el precedente sentado por una instancia suprema deberá ser respetado por las instancias inferiores⁽⁶⁷⁾. En efecto, en relación a la fuerza vertical del principio de *stare decisis*, es posible afirmar que todo órgano jurisdiccional queda vinculado a la doctrina establecida por los tribunales de rango jurídico superior que tienen jurisdicción para revisar sus decisiones. En ese sentido, la fuerza vinculante del *stare decisis* vertical hace que los tribunales de primera instancia no desempeñen propiamente una función de proveer reglas, ya que los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior para revisar sus sentencias siempre tienen mayor fuerza vinculante que sus propias decisiones.

(65) MORAL SORIANO, LEONOR. *El precedente judicial...*, op. cit., pp. 203 ss.

(66) PEGORARO LUCIO y ANGELO RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado...* op. cit. p. 82 ss.

(67) La fuerza horizontal del principio *stare decisis* alude a la autovinculación, por parte de los jueces, a sus propios precedentes (MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericana* Madrid: Mc Graw Hill, 2001 pp. 38-41). Sin embargo, ello que no implica que éstos no puedan modificarlos luego, ante un eventual cambio de las circunstancias que rodean al caso concreto.

Como se puede advertir, es precisamente la fuerza vertical del principio *stare decisis* la que permite que los jueces de instancias inferiores resuelvan en base a determinados parámetros que van a impedir que se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley para el justiciable, pues lo resuelto por una instancia superior será de obligatorio cumplimiento para los jueces de grados inferiores, siempre y cuando se constate la similitud del caso. Nótese que este principio alude al deber obligatorio que tienen los jueces de seguir el precedente, lo cual descarta toda posibilidad de considerar que el precedente, en el clásico sistema inglés del *common law*, sea de naturaleza meramente orientativa para los jueces.

En ese orden de ideas, “el *stare decisis* le impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedente sus propias sentencias”⁽⁶⁸⁾. Permitiendo, de esta manera que la instancia suprema al revisar los fallos de los grados inferiores cumpla una función nomofiláctica al expulsar la interpretaciones contrarias al precedente vinculante y una función nomotética de crear normas en casos de vacío u otorgar el sentido interpretativo correspondiente a una norma en caso de contradicción de los mismos⁽⁶⁹⁾. Todo lo cual lleva a unificar y ordenar jurisprudencialmente el sistema de fuentes del Derecho

Por tanto, es posible afirmar que el principio de *stare decisis* deriva de una concepción del Derecho según la cual “éste no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos, (...) como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a litigios definidos”⁽⁷⁰⁾. En tal sentido, este principio obliga a los jueces a seguir determinada línea jurisprudencial, generando predictibilidad en sus decisiones; sin embargo, es importante dejar anotado que dicha línea jurisprudencial puede estar sujeta a cambios, como se verá más adelante.

La figura del precedente vinculante se encuentra claramente enraizada en el sistema anglosajón, pues se ha tomado conciencia de que la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales de apelación debe ser obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior. Sin embargo, no son pocos los ordenamientos de tradición jurídica romano-germánica que consagran normas expresas en las que se regula la institución del precedente vinculante. Por ello,

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*..., p. 31.

⁽⁶⁹⁾ DE OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, pp. 46-49; asimismo, RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 491 ss.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*..., p. 468.

resulta encomiable que países con dicho sistema como el peruano⁽⁷¹⁾, español⁽⁷²⁾ o alemán⁽⁷³⁾ hayan regulado en las leyes orgánicas de sus tribunales constitucionales o, como el mexicano en su Ley de Amparo⁽⁷⁴⁾ o, mediante la creación jurisprudencial como en el modelo colombiano⁽⁷⁵⁾ o, a través de una reforma o enmienda constitucional como el caso brasilero⁽⁷⁶⁾, hayan establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante. Desde entonces se ha consagrado un sistema de precedentes constitucionales de obligatorio cumplimiento para el Poder Judicial, la administración, el Parlamento y los particulares.

Por tanto, la figura del precedente vinculante no es ajena a todo ordenamiento de origen romano-germánico, “[p]or el contrario, la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental”⁽⁷⁷⁾.

(71) RODRIGUEZ SANTANDER, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En CARPIO, Edgar - GRANDEZ, Pedro (coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra editores, 2007, pp. 15 ss.; en este colectivo se recopilan trabajos importantes también de Pedro Grande y Javier Adrián; asimismo, revisar *JUS Constitucional Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Enero 1, 2008, donde se recogen artículos de Samuel Abad y Luis Castillo, entre otros.

(72) MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. op. cit., PP. 162-240; asimismo, revisar *Jurisprudencia vinculante: Una necesidad del Estado de Derecho. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. SrD. Francisco José Hernando Santiago. En el solemne acto inaugural del año judicial, celebrado en el Palacio de Justicia, con asistencia de su Majestad el Rey, el día 13 de septiembre del 2005*. Tribunal Supremo, Madrid, 2005, pp. XIII-LXXXIII.

(73) PESTALOZZA, Christian. *Verfassungs-prozeârecht*. München: Verlag C. H. Beck, 1991, 3º Auflage, pp. 297 ss.

(74) BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. México: Editorial Porrúa, 2008, pp. 827-835, y; SÚAREZ CAMACHO, Humberto. *El sistema de control constitucional en México*. México: Editorial Porrúa, 2007, pp. 276-286.

(75) BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 151-176.

(76) DE ALMEIDA MELO, José Tarcizio. “Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade”. Texto de la conferencia pronunciada el 31 de mayo del 2007 en la Escuela Judicial – Tribunal de Justicia de Minas Gerais, pp. 35; asimismo, MOLITOR, Joaquim. “A Súmula vinculante na reforma do poder judiciário”. En: *Revista Imes - Direito*. Ano VI – n. 11 – Jul/dez. 2005, pp. 91-101.

(77) REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS. “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”. En *REDC*, Año 10, N° 29, Mayo-Agosto, 1990, p. 232; asimismo, PEGORARO Lucio y Angelo RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado...*, op. cit., p. 82.

En el caso peruano, el origen de la obligatoriedad para los jueces de interpretar conforme a las decisiones del TC se desprendía ya de la normativa anterior al Código Procesal Constitucional (CPC), como ocurría con la Primera Disposición General de la Ley 26435⁽⁷⁸⁾ –y en virtud a tal norma existía la obligación de respetar en un sentido hermenéutico más no normativo las sentencias del máximo intérprete de la Constitución–. Ahora, en el CPC la otrora obligatoriedad de las sentencias del TC establecida en la mencionada ley ha sido recogida en el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del CPC, el mismo que será analizado en el siguiente acápite de la jurisprudencia constitucional. Pero, este Código también incorpora expresamente la figura del precedente vinculante con efecto normativo: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.” (Artículo VII del Título Preliminar del CPC).

Sobre el particular, el TC peruano ha manifestado que “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”⁽⁷⁹⁾. Se advierte, por tanto, que el precedente estará referido a un caso concreto, que por su trascendencia servirá para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que serán de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro. De ahí que la vinculación establecida por el precedente alcance no sólo a los demás poderes del Estado sino también a los particulares, pues lo que se establece en el caso que sienta precedente deberá aplicarse para casos idénticos.

De igual manera, el TC ha manifestado que el precedente es una herramienta adecuada no sólo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de las sentencias emitidas para otros procesos tutelares de los derechos fundamentales en la misma causa⁽⁸⁰⁾. Esta precisión se basa en el hecho

(78) Primera Disposición General. Ley 26435.- Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

(79) STC Exp. N.º 0024-2003-AI/TC. En esta misma sentencia el TC señaló que el precedente vinculante tiene una connotación binaria: “Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

(80) STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, FJ 40 *in fine*.

de que el precedente nace como una regla destinada a otorgar predictibilidad en los fallos a fin de lograr seguridad jurídica y que ello redunde en mantener la vigencia del principio de igualdad, por cuanto dicho principio se vería vulnerado si es que existen diferentes fallos con relación a casos idénticos. Así, el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por el TC, como por ejemplo en el caso de la interposición del recurso de agravio constitucional por violación de los precedentes constitucionales en el caso AMPARO CONTRA AMPARO⁽⁸¹⁾.

Con relación al establecimiento del precedente vinculante, cabe precisar que se aprueba por el Pleno del Tribunal con una mayoría no menor de cinco votos de los siete magistrados y es necesario que el mismo esté relacionado con el caso que se está resolviendo, pues si bien con su establecimiento éste será de aplicación a una generalidad de supuestos, su nacimiento parte de un caso concreto. Al respecto, el TC ha señalado jurisprudencialmente los siguientes presupuestos para el establecimiento de un precedente vinculante: a) Cuando existan fallos contradictorios, b) cuando se está aplicando indebidamente una norma del bloque de constitucionalidad, c) cuando hay un vacío normativo, d) cuando caben varias posibilidades interpretativas; y e) cuando es necesario cambiar de precedente⁽⁸²⁾.

Perfeccionando el uso de la figura del precedente vinculante y teniendo en cuenta los presupuestos señalados, el TC en base al principio de autonomía procesal⁽⁸³⁾ ha ido desarrollando treinta y tres precedentes vinculantes⁽⁸⁴⁾, entre los

(81) STC Exp. N.º 4853-2004-AA/TC FJ 40. En el cual el TC dispone que: “(...) B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”.

(82) STC Exp. N.º 0024-2003-AI/TC.

(83) LEÓN VÁSQUEZ, Jorge, “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”. En *Justicia Constitucional* Año 8, N.º 4, Lima, julio-diciembre 2006, pp. 29-61, en este especial dedicado a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional se pueden encontrar trabajos de Mijail Mendoza y del autor.

(84) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencias del Tribunal Constitucional que contienen precedentes vinculantes*. Lima, marzo del 2008. Este documento en el que se sistematizan los precedentes a esa fecha, puede ser complementado con la actualización de los mismos que se realiza en la Gaceta Constitucional del TC <http://gaceta.tc.gob.pe>.

cuales destaca el caso ANICAMA (STC 1417-2005-PA/TC), donde se decidió establecer un precedente en materia pensionaria, debido a la abundancia de fallos contradictorios respecto a la protección residual del amparo al derecho fundamental a la pensión, reservándola para casos de tutela urgente de su contenido esencial⁽⁸⁵⁾. De igual manera, en el caso BAYLÓN (STC 0206-2005-PA/TC), el TC estableció un precedente en materia laboral, debido principalmente a que se estaba aplicando indebidamente el artículo 5° inciso 2 del CPC y a que existían varias posibilidades interpretativas respecto a lo que debe entenderse por “vías igualmente satisfactorias”, así como a la correcta aplicación del amparo residual.

Asimismo, en el caso VILLANUEVA (STC 168-2005-PC/TC) se establece que cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del indicado proceso constitucional. Bajo el marco normativo de estos tres precedentes vinculantes el Tribunal Constitucional han dictado cerca de dieciséis mil sentencias⁽⁸⁶⁾.

De otro lado, con respecto a la determinación de la parte de la sentencia que contiene el carácter vinculante, se precisa que no se encuentra únicamente en el *decisum* o fallo, sino en la regla jurídica que sostiene la decisión tomada, es decir, en la *ratio decidendi* que es la razón suficiente donde se establecen los principios o reglas jurídicas que se constituyen en la base de la resolución del caso. El problema que podemos encontrar en este punto radica en el hecho de determinar con claridad qué parte de la sentencia constituye la *ratio decidendi*, diferenciándola del *obiter dictum* que es la razón subsidiaria en tanto ofrece reflexiones jurídicas que fundamentan mejor una sentencia, de manera que el contenido y alcance no quede a la libre interpretación del órgano inferior⁽⁸⁷⁾.

Por este motivo, el TC ha precisado con absoluta claridad en el caso SALAZAR YARLENQUE⁽⁸⁸⁾ los tipos de regla jurídica que contiene la *ratio decidendi* –que

(85) HAKANSSON NIETO, Carlos, “El contenido de los derechos fundamentales, como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: *Justicia Constitucional* Año I, N° 2, agosto - diciembre, Lima, 2006, pp. 51 ss.

(86) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia provisional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p.10.

(87) BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos...*, op. cit., pp. 176 ss.

(88) Cabe mencionar que los presupuestos para el establecimiento de los precedentes fijados en la STC Exp. N.º 0024-2003-AI, se han visto ampliados con la expedición de la STC 3741-2004-AA Caso *Salazar Yarlenque*. En efecto, en esta sentencia el TC establece que un

constituirá precedente vinculante—. Así se ha establecido que la regla procesal es aquella disposición normativa de la *ratio decidendi* que se funda en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y tiene la facultad jurídica para establecer un precedente vinculante con efecto *erga omnes*, a partir de que en el caso se haya producido un pronunciamiento sobre el fondo, pasando así a la calidad de autoridad de cosa juzgada constitucional. Mientras que la regla sustancial o material es aquella disposición normativa de la *ratio decidendi* que se funda en el principio de supremacía constitucional y de su fuerza normativa, para estimar una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, con efectos vinculantes para casos futuros idénticos.

En este sentido, debe remarcarse la importancia de la motivación de las sentencias⁽⁸⁹⁾, esto es, de la existencia de una armonía lógica entre los fundamentos y el fallo de la misma, puesto que una sentencia que constituya precedente, y que, a la vez cuente con una adecuada motivación generará predictibilidad, certeza y seguridad jurídica⁽⁹⁰⁾.

El cambio de precedente

Como se señaló líneas atrás, si bien los jueces se encuentran vinculados a sus propios precedentes, ello no implica que éstos no puedan ser modificados luego.

nuevo presupuesto para fijar un precedente vinculante está referido a que “cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no sólo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales [...]” (STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, FJ 41.d.). En tal sentido, si bien en el proceso de tutela de los derechos fundamentales lo resuelto tiene efectos sólo para las partes en conflicto, el TC ha establecido que si está en juego la vulneración de los derechos de las personas es legítimo fijar como precedente vinculante la inaplicación de la norma que vulnera dichos derechos, pues de esta manera se estará resguardando los derechos de aquellos que se encuentren en la misma situación de quien demandó la violación.

⁽⁸⁹⁾ Sobre la importancia de la motivación en el Estado constitucional y democrático de Derecho, se ha señalado lo siguiente: “(...) el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos.” (ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución” En: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf. p. 14. Visitada el 20 de noviembre de 2007).

⁽⁹⁰⁾ En tal sentido, se afirma que “La motivación de las decisiones es imprescindible para hablar del uso de las decisiones anteriores, ya que si el TS u otros jueces o tribunales se refieren a sus propias decisiones precedentes o a las de órganos judiciales superiores, lo hacen a su contenido, a su argumentación, y no al fallo.” (MORAL SORIANO, LEONOR. *El precedente judicial... op. cit.*, p. 158.)

En efecto, el cambio de criterio jurisprudencial es aceptado de manera pacífica aún en el sistema anglosajón en el cual existe una regla vinculante como el *stare decisis*, y ello porque seguir un precedente no implica consagrar la vigencia de una regla en el tiempo *sine die*, pues un tribunal puede resolver el dilema siguiendo el precedente a pesar de la injusticia en el caso particular, o, por el contrario, rechazar el precedente y derogar su decisión anterior⁽⁹¹⁾.

Así, en el caso norteamericano, se afirma que el principio *stare decisis* se encuentra debilitado con relación a la Corte Suprema, dado que ésta crea Derecho no sólo derivando reglas de los principios del Derecho común o mediante la interpretación de los enunciados abstractos de la ley, sino también juzgando sobre la incompatibilidad de éstos con los de la Constitución, cuyo sentido preciso sólo la propia Corte puede determinar de forma autorizada y, por tanto, vinculante para el legislador, entendiéndose que la Corte misma no siempre está obligada por sus propios precedentes⁽⁹²⁾.

En consecuencia, es posible afirmar que la figura del precedente se flexibiliza en algunas ocasiones; pero para ello se deberá tener en consideración aquellos elementos que rodean el caso concreto y la relevancia del mismo, pues si se entiende que el ordenamiento jurídico no es estático sino dinámico y vital, será más fácil aceptar que lo decidido en un caso no siempre será de aplicación a otro caso concreto, pero a condición que se motive razonablemente el cambio de precedente.

En el caso peruano, la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del CPC ha previsto expresamente la posibilidad de que el TC varíe su propio precedente vinculante, señalado que: “[c]uando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. De ahí que en este supuesto, el legislador ha reservado para el propio TC la competencia exclusiva del cambio de su precedente. De aquí surge la necesidad de la motivación de la nueva sentencia y que juegue un rol aún más importante, a fin de que no se vea afectada la seguridad jurídica y la predictibilidad con el nuevo precedente del TC.

Claro está que ello no impide que el juez dejando salvada su interpretación particular falle de conformidad con el precedente vinculante; pero, sí requiere de un juez leal con la interpretación realizada por el TC, más aún cuando el incumplimiento de la misma ha dado lugar a que el órgano de control administrativo de

⁽⁹¹⁾ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law...*, *op. cit.*, pp. 137-140.

⁽⁹²⁾ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”..., *op. cit.*, p. 17.

los jueces del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), haya establecido mediante resolución que su incumplimiento es mérito de responsabilidad administrativa⁽⁹³⁾.

En el sistema español, por citar un ejemplo, ha habido críticas en lo que respecta al tratamiento que el TC otorga al cambio de precedente. En efecto, se afirma que “la igualdad y la seguridad jurídica resultan garantizadas de manera sumamente débil, pues lo que el Tribunal ha exigido es tan solo que la diferencia entre las resoluciones esté motivada, sin entrar a examinar si esa motivación es o no suficiente”⁽⁹⁴⁾. De ahí que sea importante que nuestro Tribunal encuentre suficiente motivación en las sentencias del juez que propongan un cambio de precedente a evaluar por el Colegiado.

En este orden de ideas, para que el TC peruano pueda apartarse de un precedente es necesario que confluyan los siguientes elementos: a) expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión; b) expresión de la razón declarativa-teleológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión; y c) determinación de sus efectos en el tiempo⁽⁹⁵⁾.

Respecto a los efectos que produce el cambio de precedente, el TC, en la STC Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, caso Callegari, aplicó por primera vez el *overruling* prospectivo⁽⁹⁶⁾, estableciendo lineamientos que permitían la futura modificación del precedente que se venía aplicando a todos los casos de retiro por renovación de cuadros del personal militar y policial. Así, en dicha sentencia el TC señaló “(...) este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque –y es con-

(93) Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ publicada el 4 de abril del 2006 en el diario oficial El Peruano. Dispone que todos los órganos jurisdiccionales de las República den cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional sobre criterios de procedencia en demandas de amparo, en materia laboral y sobre impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, bajo responsabilidad funcional en caso de incumplimiento.

(94) DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel. S.A., Segunda edición, 1988, p. 292; asimismo, Juan REQUEJO PAGÉS (coordinador). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado - Tribunal Constitucional, 2001, pp. 573-576.

(95) STC Exp. N.º 0024-2003-AI/TC.

(96) El *overruling* prospectivo permite que el caso materia de análisis y los anteriores, se decidan por el precedente derogado; mientras que las controversias que tengan lugar con posterioridad al cambio de precedente deberán decidirse según la nueva regla; es decir, según la regla establecida por la decisión derogatoria. Con esto, de alguna manera, se le otorga a los afectados por el cambio la oportunidad de preparar y conformar su comportamiento a la nueva regla.

veniente subrayarlo— dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente” (97).

Con relación a ello, el TC ha sostenido que la técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto de los justiciables y los poderes públicos al precedente anterior; y, por otro lado, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente. Esto se justifica en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas, de tracto sucesivo o, cuando se establecen situaciones menos beneficiosas para los justiciables, básicamente(98).

Caso de la Libre desafiliación de las AFPs

En torno a la figura del precedente, es de particular interés el caso de la libre desafiliación de las AFPs, el mismo que da cuenta de la relación dinámica y de integración que existe entre el precedente vinculante del TC —como fuente normativa de Derecho— y la ley del Congreso.

En esta ocasión, el TC primero emitió un pronunciamiento —no como precedente vinculante— por mayoría y sólo para un caso concreto sobre la validez constitucional del retorno del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones(99), a propósito de una demanda de amparo interpuesta por don Víctor Augusto Morales Medina contra una administradora privada de fondo de pensiones (AFP) y la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) (100).

(97) STC Exp. N.º 0090-2004-PA/TC FJ 5. También se puede apreciar el uso del *overruling* en el caso Alvarez Guillén, donde el TC cambia su jurisprudencia a fin de tutelar el derecho al debido proceso de los jueces que no habían sido ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) de manera inmotivada, en base a la doctrina de la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de los cargos de confianza. El TC en el caso Alvarez Guillén (STC Exp. N.º 3361-2004-AA/TC) dispuso mediante el *overruling*, es decir con efectos a futuro para los nuevos casos, el derecho fundamental a la motivación de toda resolución del CNM.

(98) STC Exp. N.º 0024-2003-AI/TC.

(99) STC. Exp. N.º 1776-2004-AA/TC (Caso: *Libre desafiliación de las AFPs*).

(100) Al respecto, es importante señalar que si bien esta problemática ya había sido planteada ante el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades, debido, principalmente, a las afiliaciones masivas a las AFP que se realizaron en la década pasada, a veces a través de un

En su sentencia, el Tribunal señaló que al no existir derechos fundamentales absolutos, no resultaba razonable admitir un retorno incondicionado y sin expresión de causa del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones. Por el contrario, manifestó que dicho retorno se justificaría únicamente en aquellos casos en que se configurasen los siguientes presupuestos: en primer lugar, que la persona cumpla con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, en segundo lugar, que no haya existido información o no haya sido suficiente para que se realice la afiliación; y, en tercer lugar, cuando se protejan labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud⁽¹⁰¹⁾. Estos supuestos se encontraban previstos en la legislación infraconstitucional que regulaba la materia.

Sin embargo, con posterioridad a la emisión de esta sentencia, el Congreso de la República emitió la Ley N.º 28991, la misma que fue publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de marzo de 2007. Esta ley sólo contempló dos de las tres causales reconocidas en la sentencia 1776-2004-AA/TC para el retorno del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones, omitiendo aquella que hacía alusión a la ausencia de información o a la insuficiencia de la misma al momento de realizar la afiliación. Asimismo, esta ley incorporó una nueva causal, referida a aquellas personas que hubieran ingresado al Sistema Nacional de Pensiones hasta el 31 de diciembre de 1995, y que, al momento de hacer efectiva tal desafiliación les correspondía una pensión de jubilación en dicho sistema, independientemente de su edad.

Ante las demandas de amparo acumuladas por el reconocimiento de la libre desafiliación de las AFPs en el marco de esta modificación legislativa el TC consideró necesario emitir un nuevo pronunciamiento sobre la materia⁽¹⁰²⁾, abordando, en primer lugar, la causal omitida o descartada por el legislador. En efecto, dicho Colegiado estimó integrar como precedente vinculante con efecto normativo que la causal referida a la falta o insuficiencia de información como presupuesto para la desafiliación se desprendía directamente de los artículos 10º, 11º y 65º de la Constitución⁽¹⁰³⁾, de modo que si bien dicha causal no había sido recogido

marketing casi compulsivo, no fue hasta la emisión de la sentencia recaída en el expediente 1776-2004-AA/TC, que dicho Colegiado consideró necesario –ante el conflicto social que este tema venía generando– precisar el contenido del artículo 11º de la Constitución, que consagra el derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias.

⁽¹⁰¹⁾ STC Exp. N.º 1776-2004-AA/TC, FJ 35-46.

⁽¹⁰²⁾ STC Exp. N.º 7281-2006-AA/TC.

⁽¹⁰³⁾ Artículo 10º de la Constitución: “[e]l Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

da expresamente en el texto de la ley, ello no quería decir, en modo alguno, que su cumplimiento hubiera quedado anulado; pues ello supondría desconocer el principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51° de la Constitución) y el principio de la eficacia directa –vertical y horizontal– de los derechos fundamentales.

Es así que el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 65° de la Constitución según el cual “[e]l Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (...)” y del artículo VII del Título Preliminar del CPC, estableció un precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación en el siguiente sentido:

“El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65 de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación”⁽¹⁰⁴⁾.

Del mismo modo, esta vez en relación al procedimiento a seguir cuando se presente esta causal de desafiliación, el Tribunal Constitucional señaló –también como precedente vinculante– lo siguiente:

“(...) el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N.° 28991 determine; mientras ello sucede, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia”⁽¹⁰⁵⁾.

Artículo 11° de la Constitución: [e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

⁽¹⁰⁴⁾ STC Exp. N.° 7281-2006-AA/TC FJ 27.

⁽¹⁰⁵⁾ STC Exp. N.° 7281-2006-AA/TC FJ 37.

De esta manera, ante una omisión legislativa por parte del Congreso, el Tribunal Constitucional estableció un precedente normativo en materia pensionaria, el mismo que debe *–söllen–* y viene siendo observado no sólo por los jueces constitucionales, sino también por todos los poderes del Estado, los órganos constitucionales y las entidades administrativas o privadas de fondos de pensiones, en la medida que dicho precedente constituye una concretización de los artículos 10°, 11° y 65° del propio texto constitucional.

Es de destacar que las reglas sustantivas y procesales de las *ratio decidendi* constituyen precedentes vinculantes que se incorporan al sistema de fuentes normativa del Derecho con un carácter supralegislativo pero infraconstitucional; sin embargo, su sentido profundo antes que jerárquico es que el TC cumpla con su función de integrar un mandato legal o llenar un vacío del mismo con las normas constitucionales, a partir de otorgar efecto normativo *–erga omnes–* a las reglas jurídicas que permiten resolver un caso concreto.

3.3. La jurisprudencia constitucional

El artículo VI del Título Preliminar del CPC, en estrecha relación con el principio *stare decisis*, aunque en un grado de menor intensidad que los precedentes vinculantes, establece el deber/poder *–können–* de los jueces de interpretar y aplicar las leyes, o toda norma con rango de ley y los reglamentos, de conformidad con la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional, en tanto supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales. Así, el mencionado artículo del CPC alude a la obligación de los jueces de instancias inferiores de resolver de conformidad con la jurisprudencia expedida por el TC. Al respecto, cabe precisar, que si bien los jueces tienen la facultad de interpretar las normas en base a la jurisprudencia del Tribunal, dicha interpretación deberá efectuarse sin alterar el núcleo principal de lo establecido en la jurisprudencia por el TC.

De esta manera, en nuestro sistema jurídico, existe la exigencia de observar la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, lo que constituye un elemento característico del Estado constitucional y democrático de Derecho, que demanda que tanto los poderes públicos como los ciudadanos en general, se encuentren efectivamente vinculados a la Constitución y a los criterios, orientaciones y principios interpretativos establecidos por los altos tribunales de justicia⁽¹⁰⁶⁾.

(106) ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante.” En: *Gaceta del Tribunal Constitucional* N.º 2. Abril-junio 2006, p. 12.

Dicho mandato legal ha sido ratificado por el propio Tribunal al señalar que “(...) para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia (...). Consecuentemente, en nuestro sistema la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente (...)”⁽¹⁰⁷⁾.

Ello supone que, de un lado, a diferencia del precedente vinculante en el que se establece los efectos normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional al haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, en la doctrina jurisprudencial se requiere una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento. De otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir que no se configura un efecto normativo *erga omnes*, que la haría exigible a cualquier órgano o persona, sino que goza de efectos interpretativos específicamente para la judicatura ordinaria o especializada.

Más aún, mientras un precedente vinculante dado sus efectos normativos es aprobado por el Pleno del TC por cinco votos —equivalente a la declaratoria de inconstitucionalidad—, la doctrina jurisprudencial dado sus efectos interpretativos, si bien podría ser aprobada en una Sala, en la práctica se lleva al Pleno del Tribunal y se aprueba por mayoría simple de cuatro votos de los siete magistrados, en aras de la unidad jurisprudencial entre ambas Salas y la certeza jurídica para los jueces y justiciables.

Ahora bien, en la práctica constitucional se ha producido la transformación de una línea jurisprudencial a precedente vinculante, debido al desconocimiento por parte de muchos jueces del Poder Judicial del valor vinculante de la interpretación que el TC había realizado, por ejemplo en relación al pago de impuestos a las salas de juego de casinos y tragamonedas; dada las exoneraciones que otorgaban los jueces vía procesos de amparo o aplicando el control judicial difuso para apartarse de las sentencias constitucionales y la norma tributaria, incluso con reñidas prácticas a la ética judicial⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ STC Exp. N.º 0047-2004-AI/TC FJ 33.

⁽¹⁰⁸⁾ STC Exp. N.º 4227-2005-PA/TC. FJ 42 y 43. Caso Royal Gaming S.A.C. El TC señaló que no podía dejar de expresar su preocupación por el hecho que en sede judicial se venían dictando sentencias en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringían el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y

Los jueces que decidan apartarse de la doctrina jurisprudencial deberán realizar una intensa argumentación del cambio de criterio en un caso en concreto, para revertir la presunción de constitucionalidad de dicha doctrina que asegura el principio de unidad y coordinación jurisprudencial en materia constitucional, del cual el supremo intérprete es el Tribunal Constitucional. Para lo cual, siguiendo la práctica comparada sobre la materia podría aplicarse la técnica del *distinguish* con la finalidad de determinar cuándo es inaplicable o no la doctrina jurisprudencial del TC por constituir un caso distinto.

Al respecto el juez inferior tendría tres posibilidades: 1.- Aplicar (*apply*) la regla de la doctrina jurisprudencial cuando se trate de casos idénticos; 2.- Seguir (*follow*) la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias con el nuevo caso no sea sustancial y en consecuencia optar analógicamente por aplicar dicha regla, y; 3.- Apartarse (*distinguish*) de la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias entre los dos casos sean relevantes para merecer un trato jurídico diferente⁽¹⁰⁹⁾.

En los llamados casos rutinarios el juez debe establecer la relación que existe entre la norma constitucional y hecho mismo, para luego subsumir el hecho en la hipótesis de la norma; sin embargo, en los casos complejos o difíciles donde más de una norma jurídica puede ser aplicada a un mismo hecho, o, la propia norma tiene distintas interpretaciones, o el hecho, puede ser apreciado desde diferentes perspectivas. Todo ello plantea dilemas que el juez debe resolver, a través del

aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

En tal sentido, el TC dispuso, de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, otorgar a dicha sentencia el carácter de precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, dichos preceptos resultaban de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

⁽¹⁰⁹⁾ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano...*, *op. cit.* p. 84; asimismo, RODRIGUEZ SANTANDER, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”... *op. cit.*, pp. 61-62.

proceso interpretativo que otorgue certeza jurídica mediante una sentencia que sea correcta y que no sea arbitraria⁽¹¹⁰⁾.

En ese orden de ideas, queda claro que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional (...) tienen el valor jurisprudencial que les corresponde en cuanto con ellas se interpreta la Constitución”⁽¹¹¹⁾. Esta afirmación adquiere especial relevancia si se tiene en consideración que parte de la doctrina considera que la importancia de las sentencias expedidas por el TC radica únicamente en lo que se dispone en su fallo, sin tener en cuenta que a través de la fundamentación el TC realiza una importante labor interpretativa de las normas constitucionales, las normas legales y reglamentarias, así como de los hechos a la luz de la Norma Fundamental.

Asimismo, es importante señalar que, en virtud de este artículo VI *in fine*, la jurisprudencia –o mejor dicho la doctrina jurisprudencial– del Tribunal Constitucional cumple una función pedagógica o educativa, sin perjuicio del carácter interpretativo vinculante para los jueces, por cuanto el contenido, alcances y límites de los principios y valores constitucionales, así como de los derechos fundamentales, son establecidos a través de sus resoluciones y sentencias, con una finalidad orientadora que se dirige tanto a otros operadores jurídicos como a los ciudadanos en general; contribuyendo así al cumplimiento de lo dispuesto en la Sexta Disposición Final del CPC⁽¹¹²⁾.

Jurisprudencia constitucional en materia de arbitraje

En relación a la jurisprudencia constitucional emitida por el TC, puede citarse la sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-HC/TC (Caso *Fernando*

(110) AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación ...*, op. cit., pp. 23 ss.; asimismo, AGUILÓ REGLA, JOSEPH “Presentación sobre Derecho y Argumentación”. En TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*. Material de Lectura del Seminario-Taller internacional, volumen I... op. cit., pp. 12-13.

(111) DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional...* op. cit., p. 295.

(112) “Sexta disposición final del Código Procesal Constitucional.-

En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación; a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos. Queda encargado igualmente de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las constituciones históricas del Perú y de la vigente Constitución. Adicionalmente editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación Constitucional”.

Cantuarias), en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con el arbitraje, precisándose aspectos relevantes de la institución, como lo son: su naturaleza jurídica y los principios que, en consecuencia, le son aplicables, de conformidad con las previsiones constitucionales vigentes⁽¹¹³⁾.

En efecto, a través de dicha sentencia, el TC ha reconocido al arbitraje como una jurisdicción de excepción, dotándolo de una especial protección en virtud del principio de no interferencia consagrado en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución, evitando así que las controversias sometidas a arbitraje sean indebidamente trasladadas a sede judicial por alguna de las partes. Asimismo, el Tribunal ha reconocido la plena vigencia del principio de competencia de la competencia (*kompetenz – kompetenz*) que faculta a los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas de su libre disposición que se promuevan durante el proceso arbitral e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio arbitral.

No obstante, el Tribunal Constitucional también ha sido claro en señalar que ello no impide que se efectúe un control constitucional de las actuaciones arbitrales, siempre que éste control sea ejercido *a posteriori*, lo cual es coherente tanto con la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, como con el respeto a los derechos fundamentales la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado.

A fin de complementar lo señalado en el Caso *Fernando Cantuarias*, el TC ha emitido también la sentencia recaída en el expediente 4972-2006-AA/TC (Caso *Corporación Meier y otros*) en el que se establecen determinados criterios para la procedencia de los procesos constitucionales contra la jurisdicción arbitral.

Ahora bien, resulta importante no perder de vista que tanto la figura de la doctrina jurisprudencial no es sino una herramienta necesaria con que cuenta razonablemente el TC. Sin embargo, debe quedar claro que ello no implica una superioridad institucional por parte de dicho órgano sobre el Poder Judicial, sino en todo caso funcional para dar cumplimiento a los fines esenciales de los procesos constitucionales (Art. II del Título Preliminar del CPC).

No obstante ello, se ha señalado –y no sin razón– que: “los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas –jurídicamente equivocadas– pero tie-

(113) LANDA ARROYO, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” En: Themis - Revista de Derecho, N.º 53, Lima, 2007, pp. 29 ss.

nen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales”⁽¹¹⁴⁾.

En ese entendido, el TC no es un suprapoder que está por encima de los poderes clásicos del Estado, sino que, a través de la incorporación de su jurisprudencia al sistema de fuentes interpretativa del Derecho el TC está cumpliendo su rol –nomofiláctico y nomotético– de integrar leyes y sentencias al ordenamiento jurídico nacional en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por lo que es natural que la doctrina jurisprudencial deba y pueda –können– tener un poder vinculante.

IV. CONCLUSIÓN

Las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional expedidas por el Tribunal Constitucional constituyen fuentes normativa y/o interpretativa del Derecho a nivel nacional y también comparado⁽¹¹⁵⁾. Esta afirmación implica asumir que las decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, así como para los particulares con los distintos grados de intensidad señalados. En nuestra realidad jurídica y política, esto comporta transformaciones institucionales a las que el TC tiene que hacer frente sin exponer al Estado constitucional a una fractura social y jurídica.

Ello es importante porque contribuye tanto a preservar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía jurídica de la Norma Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, así como, también, a fortalecer la democracia en una sociedad compleja y heterogénea con graves problemas de integración nacional. De allí que, en última instancia, exista una tensión permanente entre los planteamientos que no aceptan que todos los poderes públicos y privados sean poderes limitados y quienes postulan la integración jurídica y social por medio de valores y normas constitucionales⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución” En: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf. p. 56. Visitada el 20 de noviembre de 2007.

⁽¹¹⁵⁾ PINI, Joseph. “(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudente constitutionnelle”. En: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* N° 24. Paris: Dalloz, 2008, pp. 81-85.

⁽¹¹⁶⁾ VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. México: UNAM, 2002, pp. 22 ss.

Ello se ha puesto en evidencia con el desarrollo de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de los últimos años, a través de los tres tipos de precedentes constitucionales vinculantes, que han generado algunas críticas políticas conservadoras que proponen eliminar la calidad de supremo intérprete de la Constitución conferida al TC por su Ley Orgánica o, anular al TC convirtiéndolo en una Sala de la Corte Suprema; pues se considera que dicha atribución no se encuentra consagrada en la Constitución y que el Tribunal se excede en sus atribuciones al expedir sentencias que establecen mandatos a seguir no sólo por los órganos judiciales, sino también por el Poder Legislativo⁽¹¹⁷⁾.

En el fondo dichas críticas, por un lado, expresan el temor a que la Constitución sea tomada en serio y por tanto constituya la fuente suprema de creación del Derecho y el Tribunal Constitucional como intérprete supremo del mismo ocupe su rol como creador de Derecho –subsidiario por cierto– y; por otro lado, que dada la grave falta de legitimidad de los poderes públicos el TC haya cumplido con el mandato constitucional de pronunciarse sobre temas difíciles⁽¹¹⁸⁾, con el activo y el pasivo que ello supone en el proceso de fortalecimiento del Estado constitucional.

En este sentido, destacados representantes de la comunidad jurídica han señalado que “el Tribunal Constitucional ha emitido un conjunto de sentencias de gran relevancia e impacto en diferentes ámbitos de la vida nacional, creando, por primera vez, una sólida jurisprudencia y precedentes vinculantes que sirven de orientación a la comunidad y coadyuvan a la seguridad jurídica en el Perú (...). Sin perjuicio de eventuales críticas que pudieran formularse a ciertas decisiones jurisdiccionales adoptadas por el Tribunal Constitucional, debe reconocerse que forma parte de sus potestades esenciales la emisión de

⁽¹¹⁷⁾ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Tribunal Constitucional y control de poderes: documentos de debate*. Lima, Tribunal Constitucional del Perú – Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 136, donde se recogen los documentos del TC que rebate el anteproyecto de ley del entonces congresista Antero Flores-Araoz que pretendía eliminar que el TC sea el supremo intérprete de la Constitución y, en consecuencia, no pudiese dictar sentencias interpretativas de principio. Dicho anteproyecto no logró un dictamen favorable y en consecuencia fue archivado.

⁽¹¹⁸⁾ En particular se refieren al control de la reforma constitucional sobre el régimen pensionario (STC Exp. Nos 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI acumulados); al control de los abusos y corrupción del Poder Judicial a favor de los casinos y tragamonedas (STC Exp. N° 00006-2006-CC/TC); o, al control de los abusos de la Administración Pública en contra de los administrados (STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC), básicamente.

sentencias interpretativas, sobre la base de los principios de independencia jurisdiccional, conservación de la ley, interpretación conforme a la Constitución y supremacía constitucional”⁽¹¹⁹⁾.

Pero, también han arreciado algunas críticas académicas en esta etapa de transición democrática y de libertad del Tribunal Constitucional, que ven en los precedentes constitucionales un peligroso activismo judicial⁽¹²⁰⁾. Sin perjuicio que la sana crítica es necesaria en todo quehacer judicial democrático, se pone en evidencia que la aplicación del Derecho Constitucional no es un quehacer meramente académica, sino también político en la medida que “declarar y hacer derecho” es una condición *sine qua non* para la resolución de problemas concretos de naturaleza política, económica, social o cultural, como la lucha contra la corrupción, el narcotráfico o el terrorismo, entre otros. Para lo cual hay que garantizar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, en orden a fortalecer la democracia y la gobernabilidad⁽¹²¹⁾.

Por estos motivos, resulta necesario entender que no es la mera aplicación de la Constitución, sino la interpretación constitucional y la argumentación jurídica las que permiten integrar y concretizar las disposiciones constitucionales a efectos de cumplir con los fines de impartir justicia constitucional en el Estado Constitucional. De ahí que el Tribunal Constitucional no sólo deba contar con todas las prerrogativas necesarias para cumplir adecuadamente su función, sino también garantizar su imparcialidad frente a los poderes públicos y privados, haciendo un uso adecuado de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional; por cuanto, no son sino técnicas que coadyuvan a la realización de sus fines constitucionales y democráticos.

(119) PRONUNCIAMIENTO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ES ESENCIAL PARA EL ESTADO DE DERECHO. LA REPÚBLICA, edición del 23 de junio del 2006, p. 9, suscrito por constitucionalistas, ex-ministros de justicia, ex-defensores del pueblo, ex-decanos de Facultades de Derecho y del Colegio de Abogados de Lima, ex-miembros de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, entre otros.

(120) CASTILLO, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: AA.VV. *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador). Lima: Palestra editores, 2008, pp. 155 ss.

(121) Al respecto, el año 2007 la opinión pública expresó su respaldo al desempeño del TC con un 54% de aprobación y también señaló que el TC es el cuarto órgano que tiene mayor poder que el que la ley le reconoce. Cfr: SEMANA. XXVII ENCUESTA ANUAL. EL PODER EN EL PERÚ. Lima 2 de setiembre del 2007, Año XXIII, N° 1086, pp. 22 y 36.

Pero, finalmente, para ello es necesario comprender que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”⁽¹²²⁾; tarea que debe ubicar a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional entre la aplicación y la creación de las normas y entre la deliberación y la suscripción material de consensos democráticos.

Lima, septiembre de 2008.

⁽¹²²⁾ DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: UNAM, 1997, p. 303.

LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MANUEL ARAGÓN (*)
(España)

SUMARIO: 1. Objetivo y estructura del presente trabajo. 2. La pertinencia de la reforma. 3. El *status* del Tribunal Constitucional. 4. El recurso de amparo. 5. Los asuntos de Pleno. 6. El funcionamiento interno del Tribunal. Reglas comunes de procedimiento y régimen del personal. 7. Consideraciones generales: el significado de la reforma. 7.2. La importancia de la reforma. 7.1. El alcance de la reforma.

1. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL PRESENTE TRABAJO

Pretendo, en las páginas que siguen, dar cuenta de las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional producidas por la reciente Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (BOE de 25 de mayo), que entró en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en la misma, el siguiente día 26 de mayo de 2007⁽¹⁾.

Por ello no es cometido principal de este trabajo realizar un estudio sobre las reformas de la LOTC que, según mi criterio, debieran haberse realizado, sino, más concretamente, analizar las que en dicha Ley Orgánica se efectúan, aunque al hilo de ellas e incluso en la última parte del trabajo me refiera a algunas otras que, pese a ser posibles, no se han introducido. Ni que decir tiene que a lo largo de estas páginas sólo expreso mi opinión particular, no, obviamente, la del Tribunal Constitucional.

(*) Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho Constitucional.

(1) Parte de las consideraciones que siguen ya las adelanté teniendo sólo en cuenta, entonces, el Proyecto de Ley, en “La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional”, ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), celebrado en Valencia el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2006.

El trabajo lo desarrollaré de la siguiente manera: primero me referiré a la pertinencia de la reforma y después, sucesivamente, a los cuatro bloques en que pueden agruparse las reformas realizadas, a saber, las relativas al *status* del Tribunal, al recurso de amparo, a los asuntos del Pleno y al funcionamiento interno del Tribunal, añadiendo, al final, unas consideraciones generales sobre el significado de la reforma.

Debo hacer otra advertencia, por lo demás obvia: no examinaré, detalladamente, todas las modificaciones de la LOTC que la reforma ha efectuado, porque ello excedería, sin duda, las dimensiones de este trabajo; sino que sólo me detendré en las que me parecen más importantes.

2. LA PERTINENCIA DE LA REFORMA

Sobre esta cuestión no es preciso extenderse mucho, pues la doctrina jurídica, e incluso el propio Tribunal Constitucional, ya venían señalando, reiteradamente, desde hace años, la necesidad de una reforma legislativa que permitiera agilizar la resolución de los procesos constitucionales, cuya acumulación y retraso habían alcanzado un nivel imposible de soportar, con grave quebranto de las importantes funciones que el Tribunal tiene atribuidas. De esa penosa situación, que pese a los esfuerzos del propio Tribunal no estaba en sus manos resolver dentro del margen de actuación que la LOTC le permitía, sólo podía salirse a través de la intervención del legislador. Era clara, pues, la pertinencia de introducir cambios en la LOTC. Una Ley, hay que reconocer, de excelente texto, que ha permitido al Tribunal desempeñar con solvencia sus tareas, pero que el paso del tiempo, desde que en 1979 fue dictada, el aumento progresivo (en el amparo, últimamente, vertiginoso) de los asuntos ingresados y la propia experiencia acumulada han puesto de relieve la necesidad de reformarla. Y hablo de necesidad, y no sólo de conveniencia, porque el Tribunal, como acabo de decir, no podía seguir cumpliendo con eficacia sus tareas si no se adoptaban, ya, determinadas reformas de su Ley reguladora. El problema era grave y su solución no admitía más demoras. Pero, eso sí, siempre que las reformas fuesen las adecuadas, ya que, de lo contrario, no sólo no hubieran servido para resolver ese problema sino que incluso podrían haberlo acentuarlo.

Y ese problema (dejando al margen otros menores, que la reforma, por vez primera generalizada, de la LOTC pretende también resolver) tiene una doble dimensión: acumulación de asuntos y consiguiente retraso en resolver. Las sentencias de amparo, salvo supuestos excepcionales que por su naturaleza (recursos electorales) o su especial objeto y trascendencia exigen una pronta respuesta, vienen dictándose entre los tres y cinco años después de haberse presentado la demanda. Un retraso así, que en abstracto quizás no cabría considerarlo excesivo, sí lo es teniendo en cuenta la función que en nuestro sistema constitucional el amparo venía desempeñando. Pero lo más grave es el retraso en los asuntos de

Pleno, donde las sentencias tardan en producirse, por lo general, entre los cinco y nueve años (en algunos casos la demora ha llegado a los diez).

La causa primordial de todo ello no es otra que la avalancha imparable de amparos que se cierne sobre el Tribunal (en el año 2006 ingresaron 11.471). Esto ha provocado que Letrados y Magistrados tuvieran que dedicar más de los dos tercios de su tiempo a los amparos y que esa misma proporción se manifieste entre las sentencias de amparo y las dictadas en el resto de los procesos constitucionales (no hay más que ver los cuadernillos del BOE que contienen la publicación de las sentencias para apreciar gráficamente esa cuantiosa desproporción). Pero es que, además, la mayor parte del esfuerzo realizado en los amparos se destinaba, precisamente, a los que se inadmiten, con lo cual el Tribunal empleaba una parte sustancial de su tiempo a trabajar “en negativo”, es decir a estudiar aquello de lo que no iba finalmente a ocuparse. Por supuesto que ese tiempo es muy superior al dedicado igualmente en amparo a aquello de lo que el Tribunal sí va ocuparse, esto es a preparar y deliberar las sentencias.

Podría decirse, pues, por lo que acaba de exponerse, que el Tribunal Constitucional español se había convertido, *de facto*, en un Tribunal de amparo, en perjuicio de sus competencias principales: resolución de conflictos territoriales y control de las leyes, que son, por lo demás, las de mayor trascendencia institucional y las más genuinas (en cuanto propias e insustituibles) de la jurisdicción constitucional. Una situación así, que no puede ser achacada, en modo alguno, al Tribunal, cuya laboriosidad ha sido ejemplar (incluso excesiva) en sus veintiocho años de funcionamiento, era tan lamentable como insostenible.

Ese es el mal al que la reciente reforma de la LOTC intenta poner remedio, resolviendo, al mismo tiempo, otro grave problema añadido, cierto que inexistente en la teoría, pero, sin embargo, y deplorablemente, muy real en la práctica española: el de la protección y defensa de la propia jurisdicción constitucional. La pertinencia, pues, de la reforma parecía indudable.

3. EL STATUS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para garantizar la supremacía jurisdiccional del Tribunal, que es algo que resulta incuestionable en el plano teórico (y en Derecho comparado) y exigido por la propia Constitución (pues el art. 123.1 CE deja claro, en negativo, que el “órgano jurisdiccional superior” “en materia” de “garantías constitucionales”, es el Tribunal Constitucional)⁽²⁾, y en coherencia con lo dispuesto, desde 1979, por

⁽²⁾ Me remito a mi trabajo “Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo” en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 76, enero-abril 2006. pp. 169-178.

el art. 1 LOTC (que reconoce, como no podía ser de otra manera, que el Tribunal es el “intérprete supremo de la Constitución”), se han introducido determinadas precisiones en el art. 4 LOTC.

Así, después de repetirse, como en el texto legal anterior, que no podrá promoverse cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional, siendo éste el que delimitará el ámbito de su jurisdicción, adoptando cuantas medidas sean necesarias para preservarla, pudiendo, además, apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia, se añade que las resoluciones del Tribunal no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

Esa proclamación, obvia, de la supremacía jurisdiccional del Tribunal, y que no hubiera sido, quizás, legislativamente necesaria si no fuera porque, de manera sorprendente y sumamente criticable, ha sido desatendida, en pocos, pero sonoros casos, de la práctica judicial española, se asegura mediante la correspondiente, y adecuada, garantía, atribuyéndose al propio Tribunal Constitucional (lo que igualmente se prevé en la nueva redacción del art. 10 LOTC, que, a tales efectos, también se modifica) la potestad de anular, motivadamente, los actos y resoluciones que contravengan dicha supremacía así proclamada. La anulación requerirá, en todo caso, de un procedimiento contradictorio, pues se decidirá “previa audiencia al Fiscal General del Estado y al órgano autor del acto o resolución”.

En la medida, pues, en que viene a asegurar el indispensable *status* del que ha de gozar el Tribunal, estas modificaciones de los arts. 4 y 10 LOTC constituyen uno de los extremos más importantes de la reforma. Y se complementan con la modificación que igualmente se efectúa del art. 40.2 LOTC, de tal manera que la vinculación judicial a la doctrina del Tribunal Constitucional no se limita, como en la redacción anterior que tenía ese precepto, a la derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino a la derivada de las sentencias y autos que resuelvan (todos) “los procesos constitucionales”. En realidad, esta modificación no es innovadora, puesto que sólo viene a incluir en la LOTC lo que ya había reconocido, desde 1985, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), al ordenar que todos los jueces y tribunales hayan de aplicar, necesariamente, la doctrina del Tribunal, contenida en las resoluciones dictadas por éste en “todo tipo de procesos”. Mandato que, por lo demás, resulta obvio, dada la supremacía, incuestionable, del Tribunal en su función de “supremo intérprete de la Constitución” y, por lo mismo, de la constitucionalidad de todo el ordenamiento.

También, en relación con el *status* del Tribunal, no ya como órgano jurisdiccional, sino como órgano constitucional, se introduce en el art. 10 LOTC un último apartado en el que se reconoce que el Tribunal en Pleno, “en ejercicio de su autonomía como órgano constitucional”, elabora su presupuesto, que se integra

como una sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado. Se corrige así un defecto del anterior texto de la LOTC, que sólo en una disposición adicional (la segunda) reconocía que el Tribunal elabora su presupuesto, que figurará como una sección en los Presupuestos Generales del Estado. Esa redacción, en cuanto que no enraizaba tal capacidad presupuestaria en la autonomía de que goza el Tribunal como órgano constitucional, y en cuanto que no preveía que la sección presupuestaria fuese independiente, no incluyéndose, por lo demás tal reconocimiento en el articulado de la Ley sino en una disposición adicional, no resultaba plenamente respetuosa con el *status* que el Tribunal Constitucional ha de tener. Posiblemente en 1979 no se tenía tan claro como pocos años después que los órganos constitucionales han de gozar de una real autonomía presupuestaria. Prueba de ello es que más adelante, cuando se dictó, en 1982, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (que no es estrictamente un órgano constitucional), el art. 5 de dicha ley reconocerá tal autonomía para ese órgano, cuyo presupuesto habrá de integrarse en los Presupuestos Generales del Estado “en una sección independiente”, y lo mismo ocurrirá (en este caso se trata de un auténtico órgano constitucional) con el Consejo General del Poder Judicial, si bien no por obra del texto originario de la LOPJ de 1985, sino mediante la reforma de la misma en 2002, fijándose entonces, en el art. 127.13, la citada autonomía y el mandato de inserción del correspondiente presupuesto en los Generales del Estado como “sección independiente”. La reforma, pues, de la LOTC en este punto era obligada.

Por último, la reforma introduce dos innovaciones más en relación, ahora, con la composición del Tribunal. De un lado (y de modo análogo a como se hizo desde el primer momento en la LOTC –art. 17.2– respecto de la prórroga del mandato de los Magistrados hasta que no fuesen designados y tomaran posesión los que hubiesen de sucederle) se prevé que si el mandato de tres años del Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la próxima renovación por tercios del Tribunal, dicho mandato quedará prorrogado hasta que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados (nuevo texto del art. 16.3). La elección de Presidente y Vicepresidente deberá hacerse, en consecuencia (y así se dirá de modo expreso en el propio art. 16.3 LOTC), inmediatamente después de cada renovación por tercios del Tribunal. Precisiones, ambas, que incorporan al texto de la Ley la práctica que el Tribunal había seguido, aunque quizás dejan sin resolver normativamente el problema de acortamiento (y no sólo de alargamiento) del mandato de Presidente y Vicepresidente, situación que también puede producirse cuando dichos cargos se eligiesen, por quedar vacantes, a lo largo del periodo de tres años entre una y otra renovación parcial del Tribunal. Si ello ocurriese, el propio Tribunal habrá de decidir, interpretando su Ley Orgánica, si aplica la misma solución que ya le dio a las sustituciones de los Magistrados producidas antes de la terminación del mandato.

De otro lado, se dispone (nuevo texto del art. 16.2 LOTC) que los candidatos a Magistrados del Tribunal propuestos por el Congreso y el Senado habrán de comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones (de las Cámaras) en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos. Se trata de una intervención parlamentaria que parece adecuada y que, por lo demás, no supone más que la traslación a la Ley de una comparecencia que ya había sido establecida, hace años, por dichos Reglamentos. Y, además, se prevé (nuevo texto del art. 16.1 LOTC) que los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara.

La constitucionalidad de las referidas innovaciones de la LOTC (arts. 16.3 y 16.1) relativas a la composición del Tribunal y al estatuto de sus miembros ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional en sus SSTC 49/2008, de 9 de abril, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto precisamente contra esas dos modificaciones legislativamente introducidas, y 101/2008, de 24 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del Reglamento del Senado aprobada el 21 de noviembre de 2007, que introduce un nuevo apartado, el 7, en el art. 184 de dicho Reglamento, en desarrollo de lo puesto en el nuevo texto del art. 16.1 LOTC acerca del modo de designación por el Senado de los correspondientes cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional.

Así, el Tribunal, en la STC 49/2008 ya aludida, declarará la constitucionalidad tanto de la prórroga de los mandatos del Presidente y del Vicepresidente como de la fijación de que la elección de ambos cargos deba hacerse inmediatamente después de producida cada renovación por tercios de los Magistrados (nuevo art. 16.3 LOTC). Y en dicha Sentencia y en la posterior 101/2008, ya citada, declarará igualmente la constitucionalidad de la participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en la elección de los Magistrados que le corresponden al Senado, si bien aquí con el establecimiento expreso (adelantado en la STC 49/2008 y confirmado de manera clara y conclusiva en la STC 101/2008) de la salvedad, importante, de que el Senado no queda por completo vinculado a las propuestas autonómicas efectuadas, de tal manera que si éstas fracasasen en el seno del propio Senado, éste podrá hacer surgir, en tal supuesto, candidaturas propias.

4. EL RECURSO DE AMPARO

Uno de los principales objetivos de la reforma es, como ya adelanté, la modificación del proceso de amparo, ya que ahí reside la causa principal de los problemas que hoy aquejan al Tribunal Constitucional. Descartada la desaparición del amparo, como solución radical, que no está en el dominio de la ley, pues exigiría

la reforma de la Constitución, ni sería, a mi juicio, conveniente, y descartada la solución, menos radical, pero constitucionalmente imposible, también en mi opinión, de excluir del amparo determinados derechos (especialmente los del art. 24 CE) o determinados actos de los poderes públicos (por ejemplo, las resoluciones judiciales), el margen en que puede moverse el legislador para intentar descargar de amparos al Tribunal sólo cabe circunscribirlo a la regulación procesal de este recurso⁽³⁾.

A partir de los presupuestos antes aludidos se abrían dos posibilidades, la primera consistente en imponer unos requisitos previos muy severos para poder acudir al Tribunal, de tal manera que el amparo, de ser, como ahora, un recurso que puede interponerse con la única condición de haber agotado la vía judicial previa (salvo en los amparos frente a actos parlamentarios sin valor de ley), es decir, una especie de recurso de ordinaria utilización, se convirtiese en un auténtico recurso excepcional (más incluso que en un recurso extraordinario). Carece de sentido que el Tribunal Constitucional sea, como venía siendo, un órgano que, en materia de derechos amparables, ejerce una especie de jurisdicción universal, a la que puede acudir para reclamar frente a las presuntas vulneraciones de esos derechos producidas en cualquier parte del territorio nacional que no hubieran sido remediadas (a juicio del recurrente) por la jurisdicción ordinaria. En esas condiciones nadie puede extrañarse de la ingente, y creciente, cantidad de amparos que cada año se presentan y que han llegado, literalmente, a anegar al Tribunal Constitucional.

De ahí que la solución más eficaz a ese problema quizá hubiera consistido en impedir ese acceso masivo al Tribunal, poniendo la barrera no sólo en la fase de admisión del recurso sino también, previamente, en la propia interposición. Es decir, y en frase gráfica, estableciendo el filtro en la puerta –o en el hall– de Domenico Scarlatti (en el registro) y no sólo en los demás lugares del edificio (en las Secciones). Ya que, de lo contrario, aunque se aumenten las facultades para inadmitir (y hoy ya se inadmiten el 96 ó 97 por ciento de los recursos), no se descargaría al Tribunal del esfuerzo de tener que estudiar todos los amparos que se presentan. Fórmulas había para esta opción legislativa exigiendo unos requisitos procesales para acudir al amparo de tal naturaleza que, salvo los que pudiesen interponer el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, el recurso se convirtiese, en verdad, en una vía a la que sólo podría accederse de manera excepcional. No

⁽³⁾ Los argumentos en que se basan las afirmaciones que acabo de hacer no es oportuno, por la extensión limitada de este trabajo, ni necesario, por haberlos dado a conocer reiteradamente desde hace años, que los exponga aquí. Me remito a mi trabajo “Problemas del recurso de amparo”, en el libro colectivo “La reforma del recurso de amparo” (coord. P. Pérez Tremps), Valencia, 2004, pp. 145-175.

me corresponde a mí, claro está, entrar en mayor detalle sobre las posibles fórmulas de esa opción y sobre su licitud constitucional. De todos modos, esta opción no ha sido la seguida por la reforma de la LOTC.

La otra posibilidad para intentar remediar el problema del amparo es la de operar sobre la fase de admisión, agilizando la inadmisión, de un lado, y limitando fuertemente la admisión, de otro. Dicha solución podría ser, perfectamente, complementaria de la anterior, pero también alternativa a aquélla, en cuyo caso su eficacia para resolver los problemas del amparo será menor, o al menos no tan inmediata. La reforma de la LOTC ha optado por esta segunda solución (operar sobre la fase de admisión), sin complementarla con el establecimiento de fuertes restricciones procesales para poder acudir al amparo, aunque introduciendo, no obstante, en esa fase de interposición, un requisito de tipo sustantivo, como es la carga del recurrente de justificar la “especial trascendencia constitucional” del recurso (art. 49.1 LOTC), que puede convertirse, sin duda, en un filtro importante para disminuir la llegada de amparos al Tribunal y, en consecuencia, para dotar de mayor eficacia, en este punto, a la reforma.

Así, por una parte, se modifica el art. 50 LOTC para dejar aún más claro de lo que estaba antes que las providencias de inadmisión no habrán de estar motivadas (para evitar la práctica seguida hasta ahora), al concretarse que esas providencias “especificarán el requisito incumplido” (lo que queda más claro en la nueva disposición transitoria tercera de la LOTC, al precisarse que la providencia de inadmisión se “limitará” a expresar el supuesto en que se encuentra el recurso). Por otra, y ello es lo más importante, se invierte, en el mismo art. 50 LOTC, el sistema de admisión, de suerte que, en lugar de establecerse, en negativo, las causas de inadmisión (como ocurría antes de la reforma), se establecen, en positivo, los requisitos para la admisión, previéndose, junto a los procesales (como es lógico), un requisito de fondo, que se convierte en el punto crucial de la reforma del amparo: la especial trascendencia constitucional del asunto, que, además, como se ha dicho, habrá de justificarse en la demanda (nuevo texto del art. 49.1 CE), de tal manera que la ausencia de esa justificación producirá, por sí sola, la inadmisión [art. 50.1.a) LOTC]⁽⁴⁾.

(4) El Tribunal ya ha declarado, en ATC 188/2008, de 21 de julio (Sala 1ª) y Autos de 22 de septiembre de 2008, dictados en recursos de amparo núms. 5715/2007 y 5716/2007 (Sala 2ª), que esta carga impuesta al recurrente, de justificar la “especial trascendencia constitucional”, ha de entenderse que debe hacerse figurar en la demanda de manera expresa, no debiéndose confundir, pues se trata de algo bien distinto, con la argumentación sobre la lesión del derecho fundamental que se denuncie, y que tal carga se configura como un requisito sustantivo insubsanable.

Antes de la reforma, una de las causas de inadmisión consistía en carecer la demanda de contenido constitucional [art. 50.1.c) del texto anterior de la LOTC]. Con la reforma, ello desaparece y sólo se admitirá el amparo si, una vez justificada en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, el Tribunal entiende (sin sujeción, como es obvio, a esa apreciación de parte), que tal especial trascendencia se da efectivamente en el caso, es decir, si “el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” [nuevo art. 50.1.b) LOTC]. Se hace evidente, pues, que se opta por una concepción objetiva del recurso de amparo. Más todavía, por una concepción “exclusivamente” objetiva, en la medida en que desaparece la dimensión de tutela. Con ello se va más allá, incluso, que en las últimas reformas alemanas del amparo, que, aunque con la misma finalidad de limitar drásticamente la admisión, además de exigir la especial relevancia constitucional del asunto (aspecto objetivo) exigen también que la vulneración del derecho haya producido un extraordinario y grave perjuicio para el recurrente (aspecto subjetivo o de tutela).

Reducido, pues, el amparo, a su dimensión objetiva, no puede dejarse de señalar que la “especial trascendencia constitucional” (esto es, la objetivación) aun con la “concreción o especificación” de la misma que en la reforma se efectúa, deja al Tribunal un margen muy amplio de discrecionalidad para apreciarla. Ello (que me parece inevitable si se pretenden resolver los problemas que aquejan al Tribunal) hace que la fórmula adoptada esté muy próxima (aunque no sea idéntica) a la del *certiorari* del Tribunal Supremo norteamericano.

Desechadas otras soluciones más drásticas, ha de reconocerse que estas modificaciones sobre la fase de admisión pueden contribuir en buena medida a reducir (quizás en principio más en peso que en número, pero a medio plazo también en número) la carga insoportable de amparos que ahora existe. Es de esperar (y ello dependerá de cómo el Tribunal aplique la reforma) que así suceda.

Sobre esta fase de presentación y admisión de los amparos hay que resolver un problema que la reforma ha introducido, ya que, quizás por inadvertencia, se han previsto dos plazos distintos para recurrir: 30 días si se trata de un amparo frente a actos u omisiones judiciales (nuevo art. 44.2 LOTC) y 20 días (que era el anterior común a excepción de los amparos frente a actos parlamentarios) si se trata de un amparo frente a actos gubernamentales o administrativos (art. 43.2 LOTC, que no se reforma). Ello, aparte de suscitar una cierta perplejidad, porque no es fácil encontrar las razones de esa diferenciación, plantea el problema de la determinación del plazo en los amparos llamados mixtos, en los que se imputa

vulneración de derechos (habitualmente sustantivos) al acto originario, pero también, autónomamente, vulneración de derechos (del art. 24 o incluso 25 CE) al órgano judicial. Como sería absurdo entender que, en tales casos, habría obligación de presentar dos demandas de amparo, o no disfrutar de la totalidad del plazo (30 días) que la Ley otorga para combatir la vulneración judicial, parece razonable sostener que, entonces, el plazo más largo subsume (por una especie de “vis atractiva”) al más corto.

La reforma incide también en otra fase del amparo, la de la sentencia, precisamente con el objeto de evitar los retrasos en resolver respecto de los amparos admitidos. Me refiero a la previsión (arts. 6.1, 8.3, 48, 52, 53, 54 y 55.2 según el nuevo texto de la Ley) de que las Salas puedan deferir asuntos a las Secciones para que éstas dicten la sentencia. Esta fórmula también se ha implantado en las últimas reformas alemanas sobre el amparo. No supone, por lo demás, contradicción alguna con la objetivación del amparo, mediante la cual éste habrá de limitarse a los casos que planteen supuestos de especial trascendencia constitucional.

De un lado, porque en el periodo transitorio (desde la entrada en vigor de la reforma legislativa hasta que no se resuelvan los amparos presentados antes de esa fecha) habrá que dictar una buena cantidad de sentencias en recursos a los que no pudo aplicárseles, para decidir su admisión, la cláusula de la especial trascendencia constitucional (así se reconoce en la nueva disposición transitoria tercera LOTC), por lo que, para que el Tribunal pueda (con la mayor agilidad posible) “ponerse al día” en el retraso acumulado, esa ampliación de los órganos con capacidad de sentenciar (cuatro Secciones, además de las dos Salas) será extraordinariamente útil (y así lo permite la nueva disposición transitoria primera LOTC). Por lo demás, las Secciones sólo podrán dictar sentencias en los amparos que las Salas les defieran, por lo que queda en manos de éstas evitar que resuelvan amparos relevantes o que se disperse la jurisprudencia de amparo, máxime cuando esa delegación de la Sala en la Sección sólo puede hacerse, como reconoce el nuevo texto del art. 52.2 LOTC, en los casos que requieran de mera aplicación de doctrina (que suelen ser, por ahora, la inmensa mayoría).

Y de otro lado, porque la fórmula también puede ser útil incluso respecto de los amparos que fuesen admitidos según el nuevo modelo de la Ley reformada, es decir, los presentados con posterioridad a su entrada en vigor, ya que el hecho de que exista doctrina constitucional sobre el caso no enerva necesariamente “la especial trascendencia constitucional” del asunto (al contrario, puede acentuarla si, con ocasión de algún supuesto, se constata que aquella doctrina, siendo especialmente relevante, no viene siendo respetada por la jurisdicción ordinaria). Además, no hay que olvidar que mientras más se agilice la resolución de los amparos (y las sentencias de Sección pueden contribuir a ello) más tiempo y es-

fuerzos podrá el Tribunal dedicar a los demás procesos, que es, me parece, el objetivo primordial a conseguir.

En esta línea de reducir la carga que el amparo supone para el Tribunal debe destacarse, junto con las medidas ya aludidas, otra, de suma importancia, que la reforma contiene: la modificación del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativo al incidente de nulidad de actuaciones (nueva disposición final primera de la LOTC). Con el doble objeto de conseguir, de un lado, que el amparo sea plenamente subsidiario (a excepción, ha de recordarse nuevamente, del amparo parlamentario), de tal manera que siempre haya tenido la jurisdicción ordinaria la oportunidad de remediar la vulneración del derecho, y de reducir, de otro, y consecuentemente, la llegada de asuntos al Tribunal, se amplían los supuestos en que cabe aquel incidente (antes reducidos a los defectos de forma que hayan causado indefensión, o a la incongruencia del fallo), para comprender “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los comprendidos en el art. 53.2 CE”. De este modo se da siempre una última oportunidad a la jurisdicción ordinaria para remediar la lesión del derecho antes de acudir al recurso de amparo, de manera que éste resultará inadmisibile si no se hubiese agotado ese último remedio judicial.

Dicha solución parece preferible a la de crear un amparo judicial o a la de establecer una Sala de amparo en el Tribunal Supremo, como algunos han propuesto, en cuanto que es más ágil y sencilla que éstas, cuyos inconvenientes superan, me parece, a sus posibles ventajas.

Por último, y en esta misma materia del amparo, cabe señalar la modificación del art. 55.2 LOTC en relación con el amparo indirecto frente a leyes (lo que también se ha llamado la “autocuestión de inconstitucionalidad”). Los defectos de la anterior redacción de este precepto habían sido señalados por la mayoría de la doctrina⁽⁵⁾ y, para eliminarlos, la reforma ha optado por aplicar la misma fórmula de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 35 de la LOTC: si la Sala o, en su caso, la Sección, entienden que el recurso de amparo debe ser estimado porque, a su juicio, la ley aplicada lesiona el derecho fundamental, elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia. Así se evitan los problemas que el texto anterior del art. 55.2 suscitaba, derivados de que la Sala dictase primero la sentencia de amparo (fundándola, precisamente, en que la ley aplicable vulnera el derecho) y elevase después el problema de la constitucionalidad de la ley al Pleno (ley cuya inconstitucionalidad ya había sido apreciada por la Sala)

(5) Yo mismo he venido también llamando la atención, en reiteradas ocasiones, sobre tales defectos y los problemas que suscitan, así, entre otros trabajos, en el comentario al art. 161 CE, en “Comentarios a la Constitución española de 1978”, dirig. por O. Alzaga Villamil, tomo XII, Madrid, 1988, pp. 195-196, y 2ª edic, 1999, pp. 218-219.

para que éste decidiese si era o no constitucional. La reforma, en este punto, ha de considerarse muy acertada, además de que deja abiertas dos posibilidades: una sentencia del Pleno sobre la constitucionalidad de la ley, seguida inmediatamente de una sentencia de la Sala o la Sección sobre el amparo, o (dada la facultad de avocación) una única Sentencia del Pleno de tipo mixto (sobre la constitucionalidad de la ley y sobre el amparo).

5. LOS ASUNTOS DE PLENO

En este apartado las reformas más significativas se refieren a la descentralización de los asuntos de Pleno y a la intervención de las partes del proceso *a quo* en la cuestión de inconstitucionalidad.

Sobre lo primero, la reforma (modificando el art. 10 LOTC) establece que las Salas podrán resolver los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad, conflictos de competencia, impugnaciones previstas en el art. 161.2 CE y conflictos en defensa de la autonomía local que el Pleno les defiera. Quedan, pues, como procesos de exclusivo conocimiento por el Pleno, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y la resolución de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

Acerca de todo ello es preciso realizar algunas consideraciones. De un lado, cabe llamar la atención sobre la imprecisa redacción del nuevo art. 10.1. a) LOTC en cuanto que atribuye al Pleno el conocimiento “de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales”. Como no se prevé la delegación en las Salas del conocimiento de ese proceso, pero sí de los recursos de inconstitucionalidad [art. 10.1.b) en el nuevo texto] y de las cuestiones de inconstitucionalidad [art. 10.1.c) en el nuevo texto] y en estos dos procesos puede controlarse la constitucionalidad de los tratados internacionales, se plantea la siguiente duda: ¿el nuevo art. 10.1.a) se refiere sólo al control previo de los tratados, en cuyo casos las Salas (en los supuestos que el Pleno les defiera) sí que podrían entender del control *a posteriori* de los tratados?, ¿o, por el contrario, el control de constitucionalidad de los tratados, sea previo o *a posteriori*, es de exclusivo conocimiento del Pleno y no podrá deferirse a las Salas? El asunto no está claro con esta redacción. Quizás hubiera sido más correcto que el nuevo texto del art. 10.1.a) se refiriera, estrictamente, al “control previo de los tratados internacionales” (formulación, además, coherente con el resto del art. 10, que alude siempre a “procesos” y no a “materias”). Si se quería, además, que los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad que tuviesen por objeto tratados internacionales no pudiesen ser deferidos a las Salas, el lugar oportuno para señalarlo estaría en el art. 10.1.b) y c) (según el nuevo texto). No se ha hecho así, por lo que si está claro, con la nueva redacción, que el control previo de los tratados no puede

deferirse a las Salas, no lo está tanto que ello también suceda con su control *a posteriori*; más bien lo contrario, esto es, que ahí sí cabe, en principio, aquella deferencia. De todos modos, el problema no es grave, pues con las precauciones que allí [en el art. 10.1.b) y c) LOTC] se expresan cabe siempre que el Pleno se reserve en todo caso la resolución de un asunto constitucional de tanta trascendencia (sea en recurso o en cuestión) como es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional ya incorporado a nuestro ordenamiento jurídico (que podría conducir a su inaplicación o incluso a la anulación, pero entonces no del tratado, obviamente, sino del instrumento de incorporación).

Por otro lado, debe destacarse la distinta fórmula de descentralización que opera en cada caso. Así, respecto de los recursos de inconstitucionalidad, la competencia es, por principio, del Pleno, que sólo podrá atribuir el conocimiento a la Sala cuando se trate de “mera aplicación de doctrina”, debiendo, además, señalar a la Sala “la doctrina constitucional de aplicación” [art. 10.1.b) del nuevo texto]. En las cuestiones se invierte la regla, de tal modo que corresponderá su resolución a las Salas, salvo aquellas que el Pleno “reserve para sí” [art. 10.1.c) del nuevo texto], aunque, para que la Sala entienda, el Pleno (no puede ser otro órgano) deberá expresamente “deferirle” el asunto [art. 10.1.c) LOTC]. En conflictos de competencia, impugnaciones previstas en el art. 161.2 CE y conflictos en defensa de la autonomía local, sólo se prevé que el Pleno “podrá” atribuirlos a la Sala (art. 10.2 del nuevo texto). Parece claro, pues, que, salvo en los recursos, no queda limitada la potestad de deferir a las Salas a los supuestos de aplicación de doctrina, de manera que el Pleno puede hacerlo en atención a esa circunstancia y a cualquier otra (importancia del asunto, por ejemplo) que juzgue conveniente. El momento procesal para que el Pleno atribuya el conocimiento a las Salas es el mismo (así se precisa por el nuevo texto del art. 10 LOTC en todos los casos, salvo en la cuestión, aunque debe interpretarse que también ahí lo será): en el trámite de admisión. Lo que no impide, si después la Sala entendiese que no puede resolver el asunto que se le ha deferido con la doctrina “señalada” por el Pleno, en un recurso de inconstitucionalidad, o que no debe hacerlo por otras circunstancias, en cualquier proceso, que el Pleno pueda avocar la resolución del asunto, pues esa facultad siempre la tiene en virtud del art. 10.1. n) LOTC.

Ahora bien, que la deferencia deba de efectuarse en el trámite de admisión plantea una duda, pues, salvo en amparo, en los demás procesos las Secciones no pueden acordar la admisión o inadmisión, sino sólo proponerlas al Pleno (nuevo texto del art. 8.1 y 2 LOTC). ¿Ha de entenderse, entonces, que el Pleno podrá deferir a las Salas el conocimiento del asunto, pero una vez que haya decidido la admisión? Ello parece lógico, ya que sólo una vez admitido puede el asunto continuar con su tramitación. Sin embargo, como, a diferencia de lo que ocurre en los demás asuntos de Pleno (que sólo pueden inadmitirse por incumplimiento de los

requisitos procesales), en la cuestión de inconstitucionalidad y en el conflicto en defensa de la autonomía local puede producirse una inadmisión por razones de fondo, es decir, por ser “materialmente infundados” (arts. 37.1 y 75 quinquies.1 LOTC), ¿cabe también que, para descargar de trabajo al Pleno (inadmitir por razones procesales, en cambio, le supone muy poco esfuerzo) esa resolución de fondo (una suerte de desestimación anticipada) quepa deferirla también a la Sala? Me parece que no, pues la lógica del sistema, como antes apunté, conduce a entender que sólo puede deferirse un asunto a la Sala una vez admitido, y por ello tanto la admisión como la inadmisión en todos los procesos (salvo en amparo) habrá de acordarlas el Pleno y no las Salas o Secciones, eso sí, “a propuesta” de éstas últimas (nuevo texto, ya aludido, del art. 8.1 y 2 LOTC).

Respecto de los procesos iniciados y ya admitidos con anterioridad a la reforma, dicha deferencia a las Salas podrá acordarla el Tribunal aunque se realice (como aquí es obvio) en momento posterior a la admisión (DT 1ª LOTC). En este punto, no obstante, se plantea un problema. Aunque la DT 1ª LOTC alude al art. 8.2 LOTC, y éste señala, con carácter general, que “el Pleno podrá deferir a la Sala que corresponda el conocimiento del asunto de que se trate, en los términos previstos en esta ley”, lo que parece, en principio, significar que eso lo será en todos los supuestos de deferencia incluidos en el art. 10, ocurre que dicha DT 1ª continua aludiendo también a los art. 10.1.b), 10.2 y 52.2 LOTC (recursos de inconstitucionalidad, conflictos de competencia, impugnaciones previstas en el art. 161.2 CE, conflictos en defensa de la autonomía local y recursos de amparo – en este último caso de deferencia será de la Sala a las Secciones-), pero silenciando el art. 10.1.c) que contiene la previsión de deferencia (aquí realmente de atribución) a las Salas en las cuestiones de inconstitucionalidad. ¿Significa entonces que la DT 1ª a ellas (a las cuestiones) no puede ser aplicable?

Esa conclusión conduciría al absurdo de que al proceso constitucional que alcanza el mayor volumen dentro de los asuntos atrasados en el Pleno en el momento de la reforma, y que es el que, en principio, requiere de una más pronta resolución en cuanto que supone la existencia de procesos judiciales suspendidos, no pudiese aplicársele una previsión (la DT 1ª LOTC) dirigida, precisamente, a resolver esos atrasos. Por ello, la citada DT 1ª ha de recibir una interpretación distinta: la de que no alude al art. 10.1.c) porque el mismo (aunque también utilice el término “deferir”) no prevé exactamente una deferencia (como sí ocurre en el 10.1.b) y el 10.2) del Pleno a la Sala, sino, exactamente, como ya se apuntó, una atribución a la Sala de ese proceso (la cuestión de inconstitucionalidad), salvo que el Pleno se lo reserve para sí, con lo cual, y dados los términos generales que el art. 8.2 utiliza (al que también alude la DT 1ª), cabe entender que aquí también el Pleno podrá “deferir” a la Sala aunque la cuestión de inconstitucionalidad ya hubiese sido admitida antes de producida la reforma. Repárese en que, a diferen-

cia de lo previsto en el 10.1.b) y 10.2 LOTC, el 10.1.c) no concreta que tal deferencia deba hacerse en el trámite de admisión.

Por lo demás, el riesgo de la contradicción doctrinal entre Salas que la descentralización puede comportar me parece que cabe evitarlo (o remediarlo) gracias a las facultades que al Pleno reconocen los arts. 10.1.n) y 13 LOTC, siempre, claro está, que se haga un uso decidido y eficaz de las mismas. Bajo tal condición, creo que esta posibilidad de deferir a las Salas la resolución de procesos antes atribuidos en exclusividad al Pleno puede ser un instrumento de extraordinaria utilidad para que el Tribunal dé una pronta respuesta, como se debe, a los asuntos que se le plantean.

Otra reforma importante, en el apartado que se está examinando, se refiere a la posibilidad de que las partes en el proceso *a quo* intervengan ante el Tribunal en las cuestiones de inconstitucionalidad, lo que hasta antes de esta reforma (a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en Italia) no se permitía y que ya había ocasionado problemas con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La fórmula por la que ha optado la reforma parece muy acertada: una vez publicada en el BOE la admisión a trámite de la cuestión, quienes hayan sido parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de los 15 días siguientes a esa publicación, para formular alegaciones en el plazo de otros 15 días (nuevo texto del art. 37.2 LOTC). Con ello se permite aquella intervención y, al configurarse como una facultad de las partes, sin necesidad de previo requerimiento del órgano judicial *a quo* o del propio Tribunal, se evitan, al mismo tiempo, complicaciones procesales. Por lo demás, las partes en el procedimiento judicial (cuya audiencia sigue siendo preceptiva antes de que el juez o tribunal dicten el Auto de planteamiento elevando la cuestión) ven asegurado el ejercicio de su facultad de intervenir directamente ante el Tribunal Constitucional gracias a la publicidad de que goza (publicación en el BOE) la admisión a trámite de la cuestión.

6. EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DEL TRIBUNAL. REGLAS COMUNES DE PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN DEL PERSONAL

En este apartado me parece que lo más destacable de la reforma es lo referido a la publicidad de las resoluciones del Tribunal y al régimen de los Letrados.

Por lo que se refiere a la publicidad de las resoluciones del Tribunal, la reforma introduce (nuevo texto del art. 86.2 y 3 LOTC) dos innovaciones importantes. De un lado, la publicación en el BOE de los autos y no sólo de las sentencias. Esta publicación, por mandato constitucional (art. 164 CE) y legal (texto anterior del art. 86.2 LOTC) se circunscribía hasta ahora a las sentencias (y declaraciones previstas en el art. 95 CE), pero no se extendía a los autos, lo que originaba el

problema de que algunos de éstos, que contienen, indudablemente, doctrina constitucional, no disfrutaban del general e inmediato conocimiento que les proporciona la publicación oficial (aunque después se publicasen, con el consiguiente retraso, en el repertorio de jurisprudencia del Tribunal). Los inconvenientes de esta situación eran obvios, sobre todo (aunque no únicamente) en lo que se refiere a los autos de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad por notoriamente infundadas, que constituyen resoluciones de fondo (en realidad una especie de sentencias desestimatorias anticipadas) en las que el Tribunal formula doctrina constitucional vinculante para los órganos judiciales (arts. 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ), y no sólo para el que planteó la cuestión que se inadmite. La inmediata publicación en el BOE de ese auto de inadmisión evitará que los demás órganos judiciales eleven al Tribunal (como venía sucediendo) nuevas cuestiones sobre el mismo objeto. Por ello esta previsión de la reforma ha de considerarse plenamente acertada, y lo mismo cabe decir de los términos en que se formula: no impone la publicación en el BOE de todos los autos (lo que sería excesivo, por la cantidad que el Tribunal produce, e inútil, porque la mayoría no contienen doctrina constitucional, o ésta es de escaso relieve), sino que deja en manos del Tribunal ordenar esa publicación de los autos cuando así lo estime conveniente (o lo que es igual, de aquellos autos que, por su importancia, el Tribunal considere que deben acceder a la publicación oficial)⁽⁶⁾.

De otro lado, también se prevé que, además de la publicación oficial, las sentencias “y demás resoluciones” del Tribunal (es decir, no sólo los autos) también podrán ser publicadas (si el Tribunal lo decide) a través de otros medios (impresos, telemáticos, etc.); lo que hasta ahora se venía produciendo en la práctica, pero resulta más conveniente que tenga el correspondiente apoyo legal. Junto con todo ello, también se prevé que en la publicación de sus resoluciones el Tribunal adoptará, en su caso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 CE. Esta indicación resulta muy pertinente porque, además de imponer una obligación para el Tribunal respecto de la protección de datos personales (algo que, a mi juicio, solo la LOTC podría establecer, dado el *status* del Tribunal y el tenor del art. 1 LOTC), supone el reconocimiento de que al Tribunal, y sólo a él, le pertenece la decisión de en qué casos y de qué manera protege aquellos derechos en la redacción y publicación de

⁽⁶⁾ Como ya se apuntó, esa conveniencia no se circunscribe sólo a los Autos de inadmisión por motivos de fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad, sino que pueden extenderse también a Autos de inadmisión por incumplimiento de requisitos procesales en todos los procesos constitucionales, e incluso por carencia de requisito sustantivo (“especial trascendencia”) en los nuevos recursos de amparo, siempre que en dichos Autos se establezca doctrina del Tribunal que, por su importancia y consecuencias, deba ser de general conocimiento.

sus resoluciones. Hasta ahora así ha sido en la práctica del Tribunal y así lo ha formulado, incluso, a través de su jurisprudencia (en este sentido cabe señalar la STC 114/2006, de 5 de abril), pero, como se dijo igualmente más atrás, parece muy oportuno que ello sea también reconocido, expresamente, por la LOTC.

La última innovación que deseo resaltar, de entre las que introduce la reforma, se refiere al régimen de los Letrados al servicio del Tribunal. La LOTC, quizás por no tener en cuenta, en 1979, cómo funcionan los Tribunales Constitucionales próximos del nuestro, dispuso que el Tribunal estuviera asistido por un Cuerpo de Letrados al que se accedería por concurso-oposición. Como es sabido, una fórmula así es poco útil para un Tribunal Constitucional, que, por la naturaleza de sus funciones y por el tipo de trabajo que sus Letrados han de realizar, lo que precisa es que éstos sean libremente seleccionados por el Tribunal, de entre juristas experimentados, para prestar sus servicios de una manera temporal y no permanente. No en vano ese es el sistema que han seguido los Tribunales Constitucionales pertenecientes a nuestro mismo modelo (e incluso el Tribunal Supremo norteamericano). Por ello, desde el principio, el Tribunal Constitucional español, al mismo tiempo que se nutría de dicho Cuerpo de Letrados, puso en marcha la fórmula de servirse también de Letrados de adscripción temporal, libremente designados por el Pleno del Tribunal de entre juristas cualificados, procedentes de la universidad, la judicatura u otras instituciones públicas o altos cuerpos del Estado.

La reforma, con buen criterio, lo que hace es introducir en el texto de la LOTC esa realidad, corrigiendo la defectuosa y rígida previsión que sobre los Letrados se contenía en el texto de 1979. Y lo hace de manera bastante equilibrada y eficaz (nuevo texto del art. 97.1 y de la disposición adicional primera.1). De un lado, preserva el Cuerpo de Letrados, puesto que también cumple (en razón de su estabilidad) una función de innegable importancia en una institución que periódicamente se renueva, pero limitando su número (exactamente al mismo originariamente previsto en la LOTC: un máximo de dieciséis) y estableciendo que serán seleccionados, mediante concurso-oposición, de entre funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho, de acuerdo con el reglamento del Tribunal (lo que impide que estos puestos pudiesen serlo de “entrada” en la Administración, como posibilitaba la anterior regulación, algo difícilmente conciliable con la entidad de las tareas que han de desempeñar). De otro lado, reconoce la figura de los Letrados de adscripción temporal, tan necesaria por lo que más atrás se ha dicho, y que será (ya lo es) común o mayoritaria en los Letrados, disponiendo que serán libremente designados por el Tribunal, en las condiciones que éste reglamentariamente establezca, de entre abogados, profesores de universidad, magistrados, fiscales o funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho, es decir, de entre juristas ya cualificados.

Con estas reformas se facilita y garantiza, normativamente, lo que había venido sucediendo en la práctica y que ha sido fundamental para que el Tribunal pudiese cumplir sus funciones: contar con Letrados que reúnen el grado suficiente de preparación y experiencia imprescindibles para el desempeño de las importantes tareas que tienen encomendadas.

7. CONSIDERACIONES GENERALES: EL SIGNIFICADO DE LA REFORMA

7.1. El alcance de la reforma

a) Una reforma intensa de la LOTC

Lo primero que ha de destacarse de esta reforma es su carácter generalizado (la primera de este tipo) que intenta “poner al día” la LOTC y que, por ello, afecta a una buena parte de la misma, pues se introducen cambios en las competencias, los procedimientos, las resoluciones y la organización interna del Tribunal. Lo que no significa, en modo alguno, que la reforma sea muy amplia, en términos cuantitativos, pues se parte de un texto legal excelente (la actual LOTC) que, en la gran mayoría de sus artículos, sigue siendo perfectamente adecuado para regular el Tribunal. Por ello sólo se modifican (o se añaden) un número reducido de preceptos, en comparación con la extensión que tiene la LOTC.

Ahora bien, aunque la reforma no sea extensa, sí es intensa, en cuanto que afecta profundamente a dos cuestiones de crucial importancia para el Tribunal: su *status* y el recurso de amparo. Es cierto que también poseen un innegable relieve otras dos cuestiones sobre las que versa la reforma: la descentralización de los asuntos de Pleno y el régimen de los Letrados. Pero si hubiera que destacar la parte de la reforma que, por su mayor trascendencia e indudable necesidad, pudiese configurarse como el núcleo (o contenido esencial) de la misma, me parece claro que esa parte estaría integrada por aquellas dos primeras cuestiones que acabo de señalar. Y ello es así porque garantizar la supremacía jurisdiccional del Tribunal es requisito indispensable para que sea efectiva la función constitucional que tiene encomendada; y porque resolver el problema de la sobrecarga de amparos es también requisito indispensable para que el Tribunal pueda ejercer, de manera útil y adecuada, las demás competencias que tiene atribuidas y que suponen, por su objeto (control de las leyes y resolución de conflictos), la misión principal que el Tribunal ha de cumplir en nuestro Estado constitucional.

La protección de los derechos fundamentales está hoy bien asegurada (salvo respecto de los actos parlamentarios sin valor de ley) por la jurisdicción ordinaria (prueba de ello es que sólo un escueto dos por ciento de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo son anuladas por el Tribunal). Para garantizar aún más esa función protectora, que es sustancial en cualquier Estado cons-

titucional, parece suficiente que el Tribunal (como supremo intérprete y garante de los derechos fundamentales) reserve su jurisdicción de amparo (en la que, además, no pueden protegerse todos los derechos) para los casos excepcionales de mayor trascendencia. En cambio, el control del legislador y la garantía de la división funcional y territorial del poder son cometidos que, además de ser absolutamente cruciales en nuestro sistema constitucional, ningún otro órgano del Estado, sino sólo el Tribunal, puede desempeñar. Por ello, facilitar normativamente que el Tribunal Constitucional pueda dedicar la mayor parte de su tiempo y esfuerzo al cumplimiento de esas tareas debe considerarse, sin duda, como uno de los objetivos principales de la reforma.

Precisamente por la intensidad que reviste esta reforma de la LOTC hubiera sido deseable que se hubiese producido con mayor apoyo parlamentario del que ha recibido. Dado el carácter, que el Tribunal tiene, de pieza capital de nuestro sistema constitucional, su Ley Orgánica se presenta, sin duda, como el complemento más importante e inmediato de la Constitución misma. Y ello hace muy conveniente (para la funcionalidad del sistema) que dicha Ley reciba (como así sucedió cuando se dictó) el mayor apoyo parlamentario posible, conveniencia que, obviamente, se extiende a sus reformas, sobre todo sin son, como la que ahora se ha producido, de indudable entidad. Por ello, aunque la Constitución sólo exige la mayoría absoluta en el Congreso, y una reforma, con ese solo apoyo, es perfectamente válida, siempre resulta preferible que la reforma se realice del modo que suscite, en su apoyo, el más amplio consenso parlamentario posible. La reforma ha superado con holgura la mayoría absoluta, pero sin obtener el voto del principal partido de la oposición. Ello, como acaba de decirse, no resta ni un ápice a su validez, pero no deja de ser lamentable desde el punto de vista político-institucional. Téngase en cuenta que, por la naturaleza de sus funciones, es el Tribunal Constitucional, después de la Corona, la segunda institución del Estado más precisada de consenso.

b) Lo que la reforma no incluye

En lo que se refiere al “status” de los Magistrados, ha desaparecido en la tramitación parlamentaria la precisión que el Proyecto de Ley pretendía incluir en el art. 22 LOTC, en el sentido de que la inviolabilidad de los Magistrados por las “opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones” (que es el texto actual) se extendiese también a “los votos emitidos” (como figuraba en el Proyecto de la Ley Orgánica de 1979 y que entonces en su tramitación parlamentaria se hizo desaparecer con el argumento de que ello era redundante, cuando resulta que tal precisión, por el contrario, no sólo es conveniente, sino necesaria). Es cierto que esta cuestión no se refiere directamente al *status* del Tribunal, sino al de sus miembros, aunque una y otra dimensión están íntimamente (y necesariamente) relaciona-

das, pues si no se garantiza el *status* de los Magistrados que lo componen mal puede garantizarse el *status* del propio Tribunal. Lo uno es requisito indispensable de lo otro. Por ello hubiera sido preferible que esta precisión no desapareciese (como así ha sucedido una vez más) del texto final de la Ley.

También en lo que se refiere al “status” de los Magistrados se echa en falta una regulación de las abstenciones y recusaciones. Incluso ha desaparecido, en la tramitación parlamentaria, la precisión que el Proyecto de Ley introducía en el art. 80 LOTC, en el sentido de que el Tribunal Constitucional no admitirá abstenciones y recusaciones que impidan el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal o la perturben gravemente, precisión muy necesaria en una jurisdicción, como la del Tribunal, donde no cabe sustitución de sus miembros, y por lo mismo, que puede verse condenada a la inactividad si, en un asunto, las abstenciones o recusaciones afectasen a un número tal de Magistrados que impidiesen el “quórum” legalmente exigido para adoptar decisiones⁽⁷⁾.

De todos modos, ésta reforma hubiera sido una buena ocasión, además, para introducir en el propio texto de la LOTC los causas específicas de abstención y recusación de los Magistrados constitucionales (como ocurre, por ejemplo, en Alemania), ya que la actual remisión del art. 80 LOTC a la LOPJ en esta materia ha planteado (y seguirá planteando) muchos problemas, dado que la singularidad (por su composición y competencias) del Tribunal Constitucional y el especial “status” (por su modo de designación y sus funciones) de los Magistrados constitucionales hacen difícilmente (o inconvenientemente) aplicable a ellos las causas e incluso el procedimiento de abstención y recusación previstos para los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.

En lo que se refiere a los procesos de control de las leyes, el Proyecto de Ley contenía dos previsiones importantes: una sobre la extensión del objeto del proceso y otra sobre el contenido y efectos de las sentencias. Mediante la primera, aparte de conservarse, como hasta ahora, la posibilidad de que el Tribunal extienda la inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, a otros preceptos de la misma ley no impugnados, se facultaba al Tribunal para extender la inconstitucionalidad a preceptos de otra ley distinta a la impugnada, exigiéndose, en ese caso, dar cuenta previamente a las partes concernidas, para que pudiesen formular alegaciones sobre ese nuevo objeto del proceso (art. 39.2 del Proyecto). Se trataba de una reforma muy necesaria, en cuanto que hubiera venido a solucio-

(7) De todos modos, ya ha establecido el propio Tribunal, jurisdiccionalmente, que no se admitirán abstenciones o recusaciones que le impidan el ejercicio de sus funciones constitucionales por imposibilidad de quedar legalmente conformado (AATC 80/2005, de 17 de febrero, 443/2007, de 27 de noviembre, 81/2008, de 12 de marzo, y 126/2008 de 14 de mayo).

nar el problema teórico y práctico que se deriva del hecho (no infrecuente) de que, existiendo una norma legal de contenido análogo a la impugnada, la inconstitucionalidad de ésta no pueda extenderse a la de aquélla, o lo que es aún más grave (en un ordenamiento como el nuestro, en que la distribución territorial de competencias se articula a través de una multiplicidad de leyes interpuestas), del hecho de que, como ahora ocurre, el Tribunal, cuando ha de utilizar una ley como parámetro de la constitucionalidad de otra (parámetro, por supuesto, siempre condicionado a su propia constitucionalidad), deba apreciar, si así lo entendiésemos, la inconstitucionalidad de aquélla primera ley (por ejemplo, en los casos de legislación básica, pero no sólo en ellos) en los fundamentos jurídicos de su sentencia, sin poderla llevar al fallo, pues la actual regulación legal se lo impide.

Es muy correcto que para esa ampliación del objeto a una ley distinta de la impugnada fuese preceptivo abrir el trámite de alegaciones, como se preveía en el Proyecto de reforma. Y lo es también que, en cambio, no se exigiese, como hasta ahora tampoco, esa audiencia cuando la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia se extendiera a preceptos de la misma ley que se impugna. La muy distinta entidad, en uno y otro caso, de la ampliación del objeto justificaban esa diferencia procesal.

En cuanto a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de la ley, el Proyecto de reforma contenía tres innovaciones (art. 39 del texto del Proyecto). De un lado (y expresando en la LOTC lo que ya el Tribunal había hecho en la práctica) se preveía que la sentencia pudiese declarar únicamente la inconstitucionalidad (sin nulidad); de otro (y aquí sí se trataba de una auténtica novedad) que podría diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso sería superior a tres años. Como expresaba el nuevo texto que del art. 39.1 LOTC se proponía, ambos supuestos (que aparecen como una excepción al régimen ordinario, que es el de la unión entre inconstitucionalidad y nulidad) se justificaban en razón de “preservar los valores e intereses que la Constitución tutela”, exigiéndose además que la propia sentencia lo motivase. Y por último, también se pretendía regular por vez primera (art. 39.3 del texto del Proyecto) el supuesto específico de la inconstitucionalidad por “insuficiencia normativa” (término mucho más correcto, en cuanto que presupone la existencia de una norma, la impugnada, aunque incompleta, que el de inconstitucionalidad por omisión, que pudiera albergar un inconveniente control jurisdiccional de la inactividad del legislador) previéndose que en esos casos el Tribunal podría conceder un plazo al legislador para que subsanase dicha insuficiencia, y facultándose al Tribunal para resolver lo que sobre ello proceda si, transcurrido el plazo, aquél no lo hubiera hecho.

Me parecen muy acertadas estas tres novedades que el Proyecto de Ley contenía. La primera porque, como se sabe, hay supuestos (y no sólo en materia de la distribución territorial del poder) en los que la inconstitucionalidad no debe

llevar aparejada, inexorablemente, la nulidad; la segunda porque también hay casos en que la inmediata anulación de la ley podría ocasionar un quebranto irreparable de bienes o valores constitucionalmente protegidos (algo que el Tribunal no puede dejar de ponderar) previéndose, entonces, un plazo que parece razonable (un máximo de tres años, a concretar por el Tribunal en cada caso) y que permitiría eliminar o reducir aquellos efectos; y la tercera porque, con la fórmula que se preveía, se evitaba, en muy buena medida, que el Tribunal debiera actuar como legislador positivo, algo que en principio no le corresponde, aunque, en última instancia, quedaba preservada la necesaria sumisión a la Constitución atribuyéndose al propio Tribunal la facultad de adoptar las medidas “que procedan” (una mayor concreción legal hubiera sido inconveniente, dado que los casos, y en consecuencia, las medidas, pueden ser diferentes, lo que habría de ponderar el Tribunal) si transcurrido el plazo concedido (a determinar también por el Tribunal, como parece conveniente por las mismas razones que acaban de darse) el legislador no completaba la norma cuya insuficiencia hubiese sido declarada inconstitucional.

Dicho lo anterior, quizás hubiera sido también conveniente introducir en la reforma otra precisión más acerca de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de la ley. Me refiero a la posibilidad de dotar de mayor capacidad al Tribunal para modular los efectos retroactivos de la nulidad, puesto que la actual previsión que sobre ello se contiene en el art. 40.1 LOTC es demasiado rígida, lo que ha obligado al Tribunal, en algunos casos, a no atenerse, literalmente, a ella (así, por ejemplo, impidiendo revisar actos administrativos firmes, pese a que, por no haberse acudido a la vía judicial, no hubieran sido objeto de sentencia con fuerza de cosa juzgada, que es lo que dice el art. 40.1 LOTC). No hubiese estado mal que esa capacidad moduladora del Tribunal recibiese el respaldo de la LOTC.

Pues bien, como ya se ha dicho, ninguna de esas medidas se contienen en el texto definitivo de la reforma finalmente aprobada. Creo, como ya dije, que se ha desaprovechado una buena ocasión para hacerlo.

Por último, cabría señalar otra cuestión que la reforma no aborda pero que quizás hubiera sido conveniente que se lo hubiera, al menos, planteado. Me refiero al control previo de las reformas constitucionales, de los Estatutos de Autonomía y de la propia Ley del Tribunal (que sería, obviamente, de sus reformas). Por razones análogas (e incluso más poderosas) a las que tuvo en cuenta la Constitución para atribuir al Tribunal el control previo de los tratados internacionales, podría plantearse la oportunidad (no digo la necesidad) de que, por la posición que aquellas otras normas ocupan en el ordenamiento y por la función que en el sistema constitucional desempeñan, pudieran ser susceptibles de control previo de constitucionalidad. Es cierto que el control previo tiene también serios incon-

venientes, unos basados en el retraso que así se produciría en la emanación de la norma y, por ello, en su entrada en vigor (inconveniente menor, ya que podía obviarse o aminorarse si al control previo se le señala un plazo breve para instarlo y resolverlo, como ahora ocurre con el de los tratados internacionales); y otros, de más entidad, fundados en que a su través el Tribunal realiza una actividad consultiva que, sin dejar de ser jurisdiccional, se aproxima más a la legislativa, apareciendo el Tribunal como un agente cooperador en el proceso de emanación de la norma, con reducción, además, de la capacidad del propio Tribunal de salvar la norma (como sucederá en el control “a posteriori”) mediante su interpretación de conformidad con la Constitución. De todos modos, que no sean fácilmente compatibles las sentencias interpretativas con el control previo puede abonar tanto el rechazo de este tipo de control como su defensa. La introducción o no del control previo sobre las concretas normas (y sólo sobre ellas) que antes se aludieron no deja, pues, de ser una cuestión problemática. Pero, quizás, justamente por ello y, por ser además, sobre todo, una cuestión importante, se podía haber intentado, al menos, debatirla seriamente en el proceso de elaboración de la reforma de la LOTC.

7.2. La importancia de la reforma

a) Transformación radical del recurso de amparo

Son indudables los efectos benéficos que ha tenido el recurso de amparo para dotar de plena eficacia a los derechos fundamentales (o mejor dicho, a aquéllos que son susceptibles de esta protección por el Tribunal Constitucional). Sin embargo, pasados ya tantos años desde su implantación, este amparo-tutela, tan necesario en los primeros momentos, se había convertido en una rémora para el Tribunal, aparte de haber cumplido ya, en gran parte (una vez conseguidos sus efectos a través de una copiosa y reiterada jurisprudencia), la función que vino desempeñando de hacer efectivos, a través de su aplicación por los jueces y tribunales, los derechos fundamentales objeto del amparo. Pasados veintisiete años del amparo-tutela ya era hora, pues (incluso debió serlo mucho antes), de transformar un recurso de amparo, que había convertido al Tribunal Constitucional en una especie de última instancia universal frente a las resoluciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria, en un remedio sólo utilizable y atendible en supuestos verdaderamente excepcionales.

Y ello es lo que ha hecho la reforma, que elimina la dimensión subjetiva del amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo. Del anterior amparo-tutela, que procedería siempre que hubiese habido vulneración de derechos, se pasa a un amparo-control, que únicamente se ejercerá por el Tribunal cuando en el caso se de un supuesto de “especial trascendencia constitucional”, entendiéndose por ella, como expresa el nuevo texto del art. 50.1.b) LOTC, “su

importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. La vulneración de derechos ya no será suficiente, por sí sola, para otorgar (y antes, admitir) el amparo, sino sólo y exclusivamente si el caso posee esa “especial trascendencia constitucional”, cuya justificación “expresa” (así debe interpretarse) es carga que, en la demanda, ha de soportar el recurrente (nuevo art. 49.1 LOTC), que habrá de entender, a partir de ahora, que no le bastará con justificar que la vulneración de derechos se ha producido, sino que su amparo sólo será admitido si justifica suficientemente en la demanda la especial trascendencia constitucional del asunto y así es apreciada por el Tribunal Constitucional.

El amparo se convierte, por ello, en un recurso excepcional. Algo que, además de ser necesario para que el Tribunal Constitucional, por fin, desempeñase correctamente sus funciones, podía hacer perfectamente, a mi juicio, el legislador dada la habilitación que la Constitución le otorga en los arts. 53.2 CE (con la cláusula “en su caso”) y 161.1.b) CE (con la previsión “en los casos y formas que la ley establezca”)⁽⁸⁾.

Sí, efectivamente, la reforma se aplica con rigor por el Tribunal Constitucional (de ahí dependerá su éxito), el amparo podrá convertirse en lo que debe ser: uno más de los procesos constitucionales, al que habrá que dedicarle sólo una parte proporcionada (en relación con los demás procesos) del esfuerzo del Tribunal, y no, como ahora, en el recurso-rey al que el Tribunal ha tenido que dedicar mucho más de la mitad de toda su actividad, con demérito de las demás (e importantísimas) funciones que tiene atribuidas y que sólo él puede desempeñar, y que ha conducido a la penosa situación de que los recursos de inconstitucionalidad, conflictos territoriales y (lo que es peor aún, por la suspensión del proceso judicial “a quo”) cuestiones de inconstitucionalidad tarden a veces (muchas veces) en resolverse entre cinco y nueve años.

El Tribunal Constitucional se había convertido, prácticamente, en un Tribunal de amparo, situación que, por obvias, razones, no podía continuar. Y menos aún cuando ya la jurisdicción ordinaria tutela eficazmente los derechos fundamentales, como lo prueba el hecho, antes ya señalado, de que sólo, aproximada-

⁽⁸⁾ La pertinencia de transformar el amparo-tutela, que ya cumplió su función, en un amparo objetivo la he venido sosteniendo en reiteradas ocasiones, últimamente en “Problemas del recurso de amparo”, en “La reforma del recurso de amparo”, (coord. P. Pérez Tremps), op. cit. pp. 168-172. Allí, además, apunto, y me parece conveniente recordar ahora, que la “objetivación” (en cuanto unida a que la tutela de derechos ya la realiza eficazmente la jurisdicción ordinaria) habrá de “modularse” en el supuesto de los amparos frente a actos parlamentarios “sin valor de ley”, ya que respecto de los mismos no cabe acudir previamente a la vía judicial y, por ello, el amparo no es subsidiario.

mente, el dos por ciento de sus resoluciones impugnadas ante el Tribunal (que son, además, un número muy pequeño de las que en toda España se producen, agotadas las instancias dentro de la jurisdicción ordinaria, y que no son recurridas en amparo, habrá de entenderse porque, a juicio de las partes, no vulneran derechos fundamentales) sean finalmente anuladas. Un sistema de tutela (el de la jurisdicción ordinaria) que soporta sólo un porcentaje tan mínimo de error, ha de considerarse, sin duda alguna, como sumamente eficaz. Ello es debido, además de a la excelente labor de la jurisdicción ordinaria, a la amplísima doctrina que el Tribunal Constitucional ya ha producido sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales, lo que, con el nuevo amparo, podrá seguir haciendo en cuanto que continúa reservándose, a través de la cláusula de la “especial trascendencia constitucional”, la potestad de consolidar o rectificar, mediante el amparo, aquella doctrina, esto es, de seguir siendo (como constitucionalmente ha de ser) el “supremo interprete” de los derechos fundamentales.

En relación con ello, no conviene olvidar que una de las funciones constitucionales que el amparo desempeña (antes y después de la reforma) es la de servir de instrumento que garantiza la necesaria vinculación de la jurisdicción ordinaria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto es así porque el amparo basado en la vulneración del artículo 24 de la Constitución es, si no la única vía, sí la más eficaz para imponer la vinculación de todos los jueces y tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional y para asegurar el propio *status* que este órgano disfruta en nuestro ordenamiento, ya que debe sostenerse que procede el recurso de amparo por vulneración del art. 24 cuando un órgano judicial ordinario aplique una ley declarada inconstitucional, aplique una ley apartándose de la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional o inaplique una ley sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Efectivamente, hay que defender, por coherencia constitucional, que si el art. 24.1 CE contiene el derecho a obtener de los órganos judiciales una decisión fundada en el Derecho vigente, es claro que si una Sentencia de la jurisdicción ordinaria aplica una ley ya declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional⁽⁹⁾ está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (sin perjuicio de que el juez o magistrados pudiesen incurrir incluso en una responsabilidad disciplinaria).

También, por coherencia constitucional y dado el mandato claramente establecido en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si en una sentencia se aplicase la Constitución o una ley de manera contraria a como lo haya establecido la doctrina del Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁾, se estaría vulnerando el derecho a la

⁽⁹⁾ El supuesto no es pura hipótesis, puesto que ya se ha producido, a mi juicio, al menos en las SSTs de 14 de febrero y 21 de marzo de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta. Vid. A. Huelgo Lora, «Las consecuencias de la STC 61/1997 en la jurisprudencia contencioso-adminis-

tutela judicial efectiva que consiste en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho válido⁽¹¹⁾. Si el órgano judicial ordinario entendiese que una ley debiera ser susceptible de una interpretación distinta a la adoptada por el Tribunal Constitucional, no puede apartarse de esa doctrina, que le vincula, sino plantear entonces, muy razonadamente, la cuestión de inconstitucionalidad. De no hacerlo cabría, una vez agotados los recursos judiciales sin éxito, interponer recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE. El recurso de amparo es, así, el único modo de asegurar el sometimiento de los jueces y tribunales ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁽¹²⁾.

Igualmente, si una Sentencia inaplica una ley (relativa a los derechos susceptibles de amparo o a cualquier otra materia)⁽¹³⁾, que es aplicable al caso, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, está incurriendo no sólo en infracción del art. 117.1 CE, que somete a los jueces y tribunales al imperio de la ley, sino en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a dictar una resolución fundada en Derecho «ateniéndose al sistema de fuentes establecido»

trativa (A propósito de las Sentencias de 14 febrero y 21 marzo 2000 de la Sala Tercera, Sección Quinta del Tribunal Supremo)», en «Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional», julio 2000, nº 9, pp. 23-38.

(10) Que es el supremo intérprete de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley. Así, desde el primer momento, lo he sostenido en «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional», en «El Tribunal Constitucional», VV.AA., Madrid, 1981, pp. 571-573. También M. Aragón y F. Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional», en «La Constitución española de 1978. Estudio sistemático», dirg. por A. Predieri y E. García de Enterría, Madrid, 1980, pp. 849-850. Así es entendido hoy por la generalidad de la doctrina en España y en los países de nuestro modelo de justicia constitucional, aparte de que ese principio doctrinal está entre nosotros convertido en norma jurídica por virtud del art. 1 LOTC y del art. 5.1 LOPJ, adecuadamente interpretados.

(11) La jurisprudencia constitucional es fuente del Derecho, y, en consecuencia, Derecho válido, cuando ha pasado por el control del Tribunal Constitucional, es sólo el así declarado por el Tribunal, que le da una interpretación de la que el juez no puede apartarse sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello cabría en el supuesto que examinamos plantear un recurso de amparo por violación del art. 24 CE. De la misma opinión L. M^a Díez-Picazo, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», REDC, nº 40, 1994, p. 32, que se remite a las SSTC 11/1989 y 106/1989, donde el propio Tribunal acoge la tesis.

(12) L. M^a Díez-Picazo, op. cit., p. 35. En contra, I. Díez-Picazo, en «Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales», de A. de la Oliva Santos e I. Díez-Picazo Giménez, Madrid, 1996, p. 210.

(13) No por consecuencia de resolver una colisión entre dos leyes, claro está, sino por entenderla contraria a la Constitución.

(como recuerda, más que establece, el art. 1.7 del Código Civil). Procedería también en estos casos, pues, el recurso de amparo⁽¹⁴⁾.

Por lo demás, esta tesis ya ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional, que ha considerado que la inaplicación, por la jurisdicción ordinaria, de una ley vigente, aplicable al caso, constituye una vulneración del art. 24 CE recurrible en amparo⁽¹⁵⁾.

b) Cambios en el sistema de justicia constitucional

La justicia constitucional, en sentido amplio, se identifica con la actividad de aplicación jurisdiccional de la Constitución, y de ella participan, en nuestro ordenamiento, tanto la jurisdicción constitucional como la jurisdicción ordinaria⁽¹⁶⁾. En la medida en que esta reforma de la LOTC introduce importantes cambios en la actividad de aplicación de la Constitución por ambas jurisdicciones y, en la medida en que, al encontrarse éstas interconectadas en el ejercicio de aquella función, ello también supone una modificación en el conjunto de relaciones mutuas, puede decirse que dicha reforma transforma, aunque sólo sea en algún extremo, el actual sistema español de justicia constitucional.

Los cambios que se operan sobre la jurisdicción constitucional ya han sido señalados: principalmente, transformación radical del recurso de amparo y descentralización de los demás procesos (salvo los de control de tratados internacionales y de resolución de conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales) en las Salas. El Tribunal Constitucional ya no será, primordialmente, como

(14) Así, en principio, lo sostienen también I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, en «El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo», Madrid, 1995, pp. 74-76, que aducen varias SSTC que lo reconocen (23/1988, f.j. 1, 151/1994, f.j. 3). Sin embargo, más adelante (pp.76-77), entienden que el supuesto sólo debe contraerse al caso en que la ley inaplicada se refiera a los derechos fundamentales tutelados en amparo, opinión con la que no coincido.

(15) STC 173/2002, que otorga el amparo a la Generalidad de Cataluña, anulando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que inaplica una ley autonómica. Aunque la cuestión de fondo (vulneración del art. 24 CE por haberse inaplicado la ley sin plantearse cuestión de inconstitucionalidad) se trata en los FF.JJ. 5 a 10, es sobre todo en el F.J. 10 donde se encuentra la argumentación decisiva. Igualmente SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 194/2006, de 19 de junio.

(16) Sobre ello y, en general, sobre la articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la justicia constitucional, me remito a mi trabajo “L’interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal Constitucional e la sua forza vincolante”, Rivista di Diritto Costituzionale, 2007, pp. 52-68.

hasta ahora, un Tribunal de amparo, sino, primordialmente, un Tribunal de control de normas y de resolución de conflictos territoriales. Y, además, un Tribunal que podrá resolver los procesos sin el retraso excesivo con que hasta ahora (inevitablemente) lo venía haciendo. Aparte de que la reforma también deja mejor garantizada la condición de supremacía jurisdiccional que el Tribunal (también inevitablemente) debe tener.

El cambio que se opera sobre la jurisdicción ordinaria es uno solo, pero de gran trascendencia, en cuanto que se acentúa su función de tutela de los derechos fundamentales y se le confía, de manera general, esa dimensión de la justicia constitucional, que deja de compartir (subordinadamente), en cuanto a la tutela “subjetiva”, como hasta ahora, con el Tribunal Constitucional. Reducido el recurso de amparo a su carácter objetivo, queda, pues, enteramente en manos de la jurisdicción ordinaria la tutela (o si queremos, el amparo en su significación subjetiva) de los derechos fundamentales (en coherencia, por lo demás, con lo establecido en el art. 24.1 CE). Pero, justamente por ello, esta reforma de la LOTC ha reforzado, al mismo tiempo, la tutela judicial (dado que los derechos fundamentales, por su posición preferente en el ordenamiento, han de gozar de mayor tutela que cualesquiera otros derechos o intereses legítimos), al modificar el incidente de nulidad de actuaciones ante la jurisdicción ordinaria para que su objeto se extienda a toda vulneración de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. De esa manera no sólo puede (aunque sea poco) aminorarse el número de amparos que se presenten (en cuanto que se ofrece una nueva y última posibilidad a la jurisdicción ordinaria de remediar las vulneraciones de aquellos derechos), sino que, sobre todo, se garantiza más todavía el sistema judicial de tutela.

Es cierto que este nuevo recurso o remedio procesal que se confía a la jurisdicción ordinaria (el incidente de nulidad, convertido en un medio, general, de tutela de derechos fundamentales) lo es de carácter horizontal (encomendando al mismo órgano su resolución) y no vertical (atribuyendo su resolución a un órgano superior). Esto último (un recurso o remedio vertical) podría parecer, en principio, más eficaz (y no sólo para evitar la inercia del “sostenella y no enmendalla”), pero también de mayores complicaciones procesales. Lo primero (que es por lo que ha optado: un recurso o remedio “horizontal”), aparte de las ventajas procesales (y de resultar más adecuado cuando la última resolución judicial es del Tribunal Supremo), no tiene por qué ver reducida, sin embargo, su eficacia si, como se debiera (máxime al configurarse como una especie de amparo judicial que tiene por objeto la tutela de derechos fundamentales), se hace intervenir preceptivamente en el mismo, y en todos los casos, al Ministerio Fiscal. En tales condiciones, la inercia de la no anulación se verá muy reducida y podrá darse plena eficacia a esta última posibilidad (a través del incidente) que se atribuye a la jurisdicción ordinaria para ejercer su natural e importante función de tutela de los derechos fundamen-

tales, disminuyéndose así, en mucha mayor medida que hasta ahora, la actividad correctora que sobre aquella jurisdicción puede ejercer el Tribunal Constitucional.

c) Una precisión necesaria: el nuevo amparo-control no significa que el Tribunal Constitucional pierda por completo su dimensión de Tribunal de tutela de los derechos fundamentales, sino que se transforma el significado de dicha función.

En cuanto que permanece el amparo y puesto que mediante ese proceso constitucional los ciudadanos pueden acudir al Tribunal solicitando la tutela de sus derechos, no cabe decir en propiedad que haya desaparecido la capacidad del Tribunal de ejercer dicha tutela. Cuando estime un recurso de amparo, es obvio que estará otorgando la tutela del derecho vulnerado. Lo que sucede es que dicha tutela ya no estará únicamente vinculada, como hasta antes de la reforma, a que se haya producido la lesión subjetiva del derecho, sino que sólo se otorgará si a esa lesión subjetiva se une un indispensable requisito objetivo: que el problema planteado posea una “especial trascendencia constitucional”. De tal manera que si ese requisito no se da, aunque se hubiera producido la lesión subjetiva del derecho y sea cual sea la gravedad de la misma, el Tribunal no admitirá, y, en todo caso, no estimará el amparo.

Es decir, el Tribunal seguirá otorgando tutela, pero no de manera general, no frente a toda lesión subjetiva del derecho; de ahí que este nuevo amparo no sea ya, en propiedad, un amparo-tutela, sin perjuicio de que en caso de otorgar el amparo se produzca la tutela, sino un amparo-control, como antes lo he venido calificando, es decir, un amparo que sólo tutelaré cuando estime que en dicha ocasión debe resolver, no una lesión concreta, sino un problema constitucional de general trascendencia. Eso significa que el amparo ya no tiene como “finalidad” la tutela, aunque esa tutela, como es obvio, pueda obtenerse como “resultado”. Por ello, y en ese sentido, la tutela subjetiva de derechos ya sólo pertenece de modo general, después de la última reforma de la LOTC, a la jurisdicción ordinaria, y únicamente de manera excepcional (anudada necesariamente a un requisito objetivo) al Tribunal Constitucional.

d) Eficacia de la reforma

Los resultados de esta reforma, que en términos generales ha de considerarse extraordinariamente positiva (pese a determinadas imperfecciones o ausencias, pues lo mejor, a veces, es enemigo de lo bueno), dependerán, sin duda, de su aplicación por el Tribunal Constitucional. Este habrá de administrar la reforma, y en sus manos queda, pues, si lo hace con decisión y rigor, la eficacia de la misma. La LOTC ya le facilita, por fin, con esta reforma (que los anteriores Presidentes

del Tribunal habían reclamado sin éxito), la oportunidad de acabar con el retraso y la acumulación de asuntos y, sobre todo, de reequilibrar las funciones que tiene encomendadas, de manera que el Tribunal sea, como es debido, la institución que está dedicada, sobre todo, a resolver los problemas capitales que puedan surgir en nuestro sistema constitucional. Y como tales problemas estarán relacionados, precisamente, con las dos dimensiones básicas de nuestra forma de Estado, la democracia parlamentaria y la autonomía territorial, serán el control de las leyes y los conflictos las vías a través de las cuales puedan resolverse y, por ello, la principal tarea a que ha de atender el Tribunal.

Cumplido ya un primero período (quizá demasiado largo) en que el Tribunal hubo de dedicarle más tiempo a la tutela de los derechos (lo que era muy necesario para la implantación y consolidación de la democracia constitucional, ya que ésta sólo existe si los ciudadanos tiene garantizada, de manera efectiva, su libertad y su igualdad) que a las funciones de control del legislador y de arbitraje territorial (aunque ello no signifique que no las cumplierse, ni mucho menos, pues, por ejemplo, su contribución ha sido crucial para la construcción del Estado autonómico, sino que, desde hace años, aquella primera función había desplazado en exceso a estas otras), el legislador, por fin, ha dotado al Tribunal de los instrumentos que le permiten (lo que con el texto legal anterior no podía) cumplir de manera más satisfactoria su cometido. Un cometido que sólo el Tribunal puede desempeñar en nuestro sistema constitucional: ser el supremo intérprete de la Constitución y, por lo mismo, de los límites del legislador, de la división funcional y territorial del poder, y, cómo no, también de los derechos fundamentales, faceta esta última que se preserva, y refuerza, sin duda alguna, con la nueva configuración del amparo.

El Tribunal se enfrenta, pues, a un doble desafío: de un lado, aprovechar con todo rigor y decididamente las fórmulas transitorias que el legislador ha puesto a su disposición (sobre todo las nuevas disposiciones transitorias primera y tercera LOTC) para resolver, en el menor tiempo posible, la carga excesiva de asuntos pendientes terminando así con el lamentable retraso que éstos (no por culpa del Tribunal, hasta ahora) han tenido que soportar; y de otro lado, aplicar, igualmente con la mayor decisión y rigor, a los asuntos ingresados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma los nuevos preceptos de la LOTC sobre el amparo y la descentralización de la resolución de los procesos, a fin de que, en un futuro próximo, la jurisdicción constitucional de respuesta a los asuntos que se le plantean en un plazo no superior a uno o dos años. Para ello no se oculta que el Tribunal tendría que realizar un esfuerzo extraordinario (no sería exagerado calificarlo de titánico), pero si lo consigue (ya que el legislador, por fin, se lo ha facilitado) habrá dado un positivo vuelco histórico, por lo importante y valioso del mismo, a la jurisdicción constitucional española.

CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO. NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

GERARDO ETO CRUZ (*)
(Perú)

SUMARIO: 1. Excurso introductorio. 2. La enigmática tríada del poder y su legitimidad. 3. Acerca del control constitucional y sus presupuestos. 4. Características generales del control constitucional en la jurisdicción constitucional peruana. 5. La autopercepción del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional. 6. El control constitucional de las leyes de reforma constitucional. 7. El control constitucional de la facultad normativa del Poder Ejecutivo y de las prerrogativas presidenciales. 7.1. El control constitucional de los decretos de urgencia. 7.2. El control constitucional del derecho de gracia presidencial. 8. El control constitucional de las decisiones del Poder Judicial. 8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial. 8.2. El control de la motivación. 8.3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario. 9. El control constitucional de los actos del Ministerio Público. 10. El control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. 11. El control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. 12. El control constitucional de la jurisdicción militar.

(*) Magistrado del Tribunal Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

1. EXCURSO INTRODUCTORIO

El fenómeno del poder y, en especial, el poder político, ha sido objeto de diversas vertientes disciplinarias⁽¹⁾; la politología lo estudia desde el punto de vista fáctico, o sea, lo enfoca tal como es⁽²⁾; en cambio, el Derecho Constitucional más bien pretende normar jurídicamente el ejercicio del poder⁽³⁾ bajo bases racionales y legítimas⁽⁴⁾. La filosofía política concurre igualmente a desbrozar el poder pretendiendo establecer que ella se ejercite bajo un sistema de valores éticos⁽⁵⁾.

Los politólogos⁽⁶⁾ sostienen que una definición aparte de harto conocida, sea quizás una de las más idóneas, es la desarrollada por Max Weber (1864-1920), que describe el poder como: “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”⁽⁷⁾. En este mismo contexto, el pensador alemán alude al concepto de *dominación* que lo entiende por “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”⁽⁸⁾; y conceptualiza a la *disciplina* como “la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitu-

(1) Miró Quesada, Francisco: *Ciencia Política. Actualidad y perspectivas*, Cuadernos Biblioteca Peruana de Ciencia Política, Lima, 1976.

(2) Bealey, Frank: *Diccionario de ciencia política*, Traducción de Raquel Vásquez Ramil, Editorial Istmo, Madrid, 2003, pp. 63 y 323-325; Bobbio, Norberto; Mateucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco: *Diccionario de Política*, 15ª edición, Siglo XXI Editores, México, 2007, pp. 1190-1202.

(3) García Belaunde, Domingo: “Derecho Constitucional y Ciencia Política (a propósito de la relación entre fenómeno jurídico y fenómeno político)”, en *Constitución y Política*, Cuadernos Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1981, pp. 15-18; 2ª edición, Lima, 1991, pp. 13 y ss.

(4) Bidart Campos, Germán J.: *El poder*, Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 188-189.

(5) Bobbio, Norberto: *Norberto Bobbio: El filósofo y la política. Antología* Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 144 y ss. Vid. igualmente el colectivo *[Re]pensar a Bobbio*, Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (Coordinadores), UNAM – Siglo XXI, México, 2005.

(6) Sánchez Azcona, Jorge: *Reflexiones sobre el poder*, UNAM, México, 1997, vid. especialmente el capítulo “Marx y Weber, un estudio comparativo en la metodología de las ciencias”, pp. 93 y ss.

(7) Weber, Max: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Edición preparada por Johannes Winckelmann y Nota Preliminar de José Medina Echavarría, 2ª edición en español, 16ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 43.

(8) Weber, Max: *Economía y sociedad*, op. cit., p. 43.

des arraigadas, sea pronta, simple y automática”⁽⁹⁾. A partir de estas nociones, concluye en que:

1. El concepto de *poder* es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de *dominación* tiene, por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un *mandato* sea obedecido.
2. El concepto de *disciplina* encierra el de una obediencia habitual por parte de las masas sin resistencia ni crítica⁽¹⁰⁾.

2. LA ENIGMÁTICA TRÍADA DEL PODER Y SU LEGITIMIDAD

Karl Loewenstein, al describir la anatomía del proceso del poder político, indica que existen tres incentivos que acompañan la cotidianeidad de la vida del hombre en la sociedad y que rigen la totalidad de las relaciones humanas: el *amor*, la *fe* y el *poder*. En el arcano del tiempo la historia pasa siempre revista de que esta trimembre vinculación ha estado siempre presente de una manera misteriosa. Así, el poder de la fe mueve montañas y el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero es ínsito en el hombre el amor al poder y la fe al poder. Loewenstein expresa que la historia muestra como el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y como el poder a su miseria⁽¹¹⁾. La política no es sino la permanente lucha por el poder y el hombre lo vivencia y lo experimenta, tanto como detentador del poder o como destinatario del poder⁽¹²⁾.

Valgan las líneas precedentes para reflexionar a propósito del magnífico libro del profesor Diego Valadés respecto a la problemática del control del poder, en cuyo contenido y desde la perspectiva del mundo hispanohablante ha desbrozado un macizo conjunto de ideas de carácter cosmopolita en torno a la forma de cómo debería ser controlado el poder, a través de tres hilos conductores: el control como problema, el control como fenómeno y el control como proceso. Ha dicho el maestro azteca que “[es] una de las cuestiones pendientes de resolver desde los inicios mismos del constitucionalismo”, sosteniendo que el problema

⁽⁹⁾ Ibidem.

⁽¹⁰⁾ Loc. cit.

⁽¹¹⁾ Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1982, p. 23.

⁽¹²⁾ Sabine, George: *Historia de la teoría política*, Revisado por Thomas Landon Thorson, 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

del control del poder “es en nuestro tiempo el eje de la vida constitucional”; luego nos precisa que “los instrumentos de control representan la parte más lábil de las constituciones” y que esto plantea una triple dimensión del fenómeno político: lo que es, lo que será y lo que debe ser⁽¹³⁾. Estas reflexiones envuelven enfoques que van de la ciencia política (lo que es el poder), la filosofía política (cómo debería ser) y, estimamos aquí, el derecho constitucional (que incluye el control del poder y sus aspectos procesales y metodológicos).

3. ACERCA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SUS PRESUPUESTOS

En el campo estrictamente constitucional se han planteado profundas reflexiones en torno a los sistemas de control constitucional⁽¹⁴⁾ y más allá de matices y heterodoxos planteamientos, estimamos que, para la existencia de un idóneo sistema de control constitucional deben existir ciertos presupuestos como son:

- a) presencia de una Constitución rígida⁽¹⁵⁾, que presuponga la vigencia contemporánea del concepto normativo de Constitución, en donde la *parte dogmática* se expresa en la regulación del conjunto de los derechos fundamentales, y la *parte orgánica* que pretende un uso racional y legítimo del poder político;
- b) un órgano jurisdiccional –sea concentrado o difuso– que ejerza el control y que lo concrete en forma de decisiones judiciales o fallos plenamente ejecutables⁽¹⁶⁾;
- c) existencia de un conjunto de instrumentos procesales con que cuente la ciudadanía para afirmar la tutela de los derechos⁽¹⁷⁾ y el control de los órganos del Estado emanados de cualquier tipo de autoridad;

(13) Valadés, Diego: *El control del poder*, UNAM, México, 1998, pp. 11-12.

(14) Aragón Reyes, Manuel: *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, pp. 83 y ss. Vid. igualmente el Vol. 3 rubricado como “Jurisdicción y control constitucional” de *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, 992 pp.

(15) Prieto Sanchís, Luis: “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Op. cit., pp. 805-824.

(16) Fix-Zamudio, Héctor: *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función jurisdiccional* UNAM, México, 2006, vid. específicamente “justicia y eficiencia en el litigio judicial”, pp. 53 y ss.

(17) Fix-Zamudio, Héctor: *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª edición, UNAM, México, 1998, p. 47.

- d) un sistema político, donde se afirme la división del poder, la supremacía constitucional y un mecanismo agravado de reforma –que no hace más que afirmar una Constitución rígida⁽¹⁸⁾.

Complementariamente a ello, otro presupuesto que rodea las actuales características del control constitucional es la presencia de la *constitucionalización del orden jurídico*⁽¹⁹⁾, que presupone todo un proceso de transformación al cabo del cual el ordenamiento de un país resulta totalmente impregnado por la irradiación de las normas constitucionales. Dicha constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene, en efecto, para el ámbito de aplicación del control constitucional y para el método de ejercicio del mismo, grandes consecuencias. Así, hoy puede afirmarse que merced al encaje que cualquier norma (sea ésta civil, penal, comercial, laboral u otra) debe tener respecto a la Constitución, las controversias jurídicas pueden reconducirse hoy, de un modo u otro, a un conflicto de carácter constitucional. Ello hace posible, entre otras cosas, activar procesos constitucionales donde, aunque no de manera directa, se encuentren en juego posiciones de carácter iusfundamental. Como veremos más adelante, merced a dicha inundación del ordenamiento jurídico de valores, principios y derechos constitucionales, hoy, zonas que antes se encontraban exentas del control jurídico-constitucional se han vuelto justiciables y la siempre arbitraria categoría de las *political questions* ha reducido grandemente su radio de acción⁽²⁰⁾.

Por otro lado, en el ámbito del método jurídico, dicha constitucionalización del orden jurídico conduce a que las distintas controversias jurídicas no sean resueltas sólo apelando a las *normas-regla* que el conjunto normativo específico provea (derecho civil, penal, laboral, etc.), sino también a las *normas-principio* contenidas en los mismos conjuntos normativos o en la Constitución en forma de

(18) Al respecto Sagüés diferencia un sistema completo o pleno del control constitucional y un sistema incompleto. El primero, cuenta con cinco exigencias: a) Constitución parcial o totalmente rígida; b) órgano de control independiente del órgano controlado; c) facultades decisorias del órgano de control; d) posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismo a la norma o acto inconstitucional, y e) sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad. (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, vol I. Recurso Extraordinario, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 27 y ss.

(19) Guastini, Riccardo: *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, México, 2001, pp. 153 y ss.

(20) Landa Arroyo, César: “El Tribunal Constitucional y las political questions”, en *Anuario Iberoamericano de Jurisdicción Constitucional*, N° 4, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2000.

derechos fundamentales⁽²¹⁾. La creciente incorporación de los *principios* en la resolución de los casos judiciales ha generado, pues, una revolución copernicana en el método jurídico. Del tradicional método de la *subsunción judicial*, aplicado a las denominadas normas-regla se ha pasado, de modo muy intenso en los últimos años, a emplear el *método ponderativo* construido para la aplicación de las normas-principio⁽²²⁾. Dicho cambio en el modo de operar con las normas jurídicas, producida principalmente por la presencia en el ordenamiento jurídico de las normas constitucionales (de carácter fundamentalmente *principialistas*) genera, además de un cambio en el paradigma jurídico del que muchos han hablado⁽²³⁾, un modo distinto en el modo de ejercer el control constitucional.

Otro presupuesto importante que caracteriza actualmente el ejercicio del control constitucional viene determinado por la actual “*concepción material*” de Constitución que el neoconstitucionalismo ha asignado al nuevo modelo de Estado Constitucional⁽²⁴⁾. Desde luego no aludimos aquí a la concepción material de Mortati, sino a un nuevo modelo de Estado, que se expresa a través de una Constitución que no sólo actúa como límite al poder político (en sentido negativo), sino que, impregnada de normas materiales que contienen mandatos de actuación positivos, exige de parte del poder político ciertos actos positivos que la concreten.

(21) La principal contribución a la distinción entre normas regla y normas principio: Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpression, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Vid. igualmente Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Prólogo de Albert Calsamiglia, Planeta Agostini, Buenos Aires, 1993; Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

(22) Sobre el método de la ponderación judicial vid. ampliamente el apéndice “La fórmula del peso”, en Alexy, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Prólogo de Manuel Atienza, Palestra, Lima, 2007. Vid. también Prieto Sanchís, Luis: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.

(23) El cambio en el paradigma jurídico ha sido anunciado sobre todo por la corriente que ha dado en llamarse “neoconstitucionalismo”. Sobre el particular puede verse: Cruz, Luis M.: *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006; Barroso, Luis Roberto: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, UNAM, México, 2008. Carbonell, Miguel (Coordinador): *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2005; AA.VV.: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (editor), Trotta, Madrid, 2007.

(24) Aguiló, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2004, pp. 15 y ss.

Dichos actos de los órganos estatales vienen exigidos, además, por un principio que es ineludible en toda democracia moderna: el *carácter normativo* de la Constitución. El desarrollo de determinadas instituciones del Estado que la Constitución solo enuncia, la regulación de los derechos sociales que ésta postula y la vigencia igualitaria de los derechos fundamentales constituyen, entre otras, exigencias materiales que la Constitución presenta a los distintos órganos del poder constituido. En la doctrina y la praxis jurisprudencial contemporánea, el ejercicio del control constitucional sobre el cumplimiento de dichos mandatos constitucionales se ha efectuado a través del llamado “*control constitucional de las omisiones legislativas*”⁽²⁵⁾.

En todo caso, bien entendidos los ejes sobre los cuales se desenvuelven los circuitos y las complejas maquinarias de los controles constitucionales, bien debe apreciarse, dentro del marco de la actual ingeniería constitucional⁽²⁶⁾ que: el control constitucional es una pieza vital –aunque no la única– dentro del sistema político en el que se desenvuelve el Estado constitucional. Y ello no obstante la presencia de otros factores externos que condicionan la realidad constitucional como los regímenes de excepción, las mutaciones y las desconstitucionalizaciones⁽²⁷⁾, que forman manifestaciones patológicas en la dinámica constitucional; y que pueden llegar a limitar fuertemente el imperio del derecho; sin embargo, aun en dicho escenario, hoy bien puede afirmarse que estos mecanismos de control resultan ser acaso los grandes remedios o antídotos con que cuenta la democracia moderna para estos males que presentan los entes objeto del control constitucional.

(25) Sobre la inconstitucionalidad por omisión puede verse Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo: *El control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e ilegalidad por omisión*, Fundap, Querétaro, México, 2003; AA.VV.: *Inconstitucionalidad por omisión*, Víctor Bazán (Coordinador), Temis, Bogotá, 1997; AA.VV.: *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Miguel Carbonell (Coordinador), UNAM, México, 2003; Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998; Martínez Sánchez, León Javier: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, Porrúa, México, 2007; Villaverde Menéndez, Ignacio: *La Inconstitucionalidad por Omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

(26) Anota Sartori: “(...) hablando en serio, las constituciones son formas que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados. Las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, procedimientos cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder”. Cfr. Sartori, Giovanni: *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 2ª edición, Traducción de Roberto Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 217.

(27) Dau-lin, Hsu: *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1998.

4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL PERUANA

Los tribunales constitucionales han venido atravesando por diversas “olas” o “generaciones”⁽²⁸⁾ y ha enfrentado mil y una batallas en los complejos meandros de la política y el derecho; y en este marco bien cabe hacer una breve reflexión que vincula a la problemática del poder político y, en especial, del poder jurisdiccional⁽²⁹⁾ que tienen estas cortes constitucionales que llegan incluso a definir el nervio de los regímenes políticos en cuanto al control del poder desde el punto de vista jurídico, aun cuando para algunos críticos como Fernando Atria, los jueces constitucionales puedan llegar a un faccionismo que subvierta las instituciones democráticas⁽³⁰⁾.

Por lo pronto, debe quedar claro, como lo ha señalado la literatura politológica de que el poder es uno solo, pero que se manifiesta en diversos órganos⁽³¹⁾. Así, la triarquía clásica del Legislativo, Ejecutivo y Judicial hoy se encuentra superada por cuanto aparte de estos órganos el actual constitucionalismo cosmopolita diseña otros órganos más como son por ejemplo en el Perú, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, entre otros⁽³²⁾.

El Tribunal Constitucional peruano como en todos los demás modelos de jurisdicción constitucional, constituye no solo un órgano “más” dentro de la singularidad del poder político, sino que se ha convertido en el centro de gravitación de las “grandes decisiones” que involucran la problemática del control del poder, tanto como de la esfera de protección de los derechos fundamentales⁽³³⁾; todo

(28) Nogueira Alcalá, Humberto: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XX* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, pp. 68 y ss. Igualmente puede verse Fernández Rodríguez, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 29 y ss. Vid. también Ferrer Mac-gregor, Eduardo: *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Fundap editores, México, 2002.

(29) Sagüés, Néstor Pedro: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 15.

(30) Atria, Fernando: “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Andrés Bordalí (Coordinador), Lexis Nexis - Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 9 y 10.

(31) Bidart Campos, Germán J.: *El derecho constitucional del poder*: Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 13 y ss; 81 y ss. y 129 y ss.

(32) García Belaunde, Domingo: “Perfil del Parlamento peruano”, en *Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 285.

(33) Landa Arroyo, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 2ª edición, Pa-lestra, Lima, 2003, especialmente p. 701 y ss.

esto, por cierto, bajo el *desiderátum* de que el Tribunal Constitucional funcione en los marcos de lo que Häberle denomina “sociedad abierta”⁽³⁴⁾.

Lo que a continuación sigue es la forma como el TC ha venido manifestando su poder jurisdiccional para controlar a diversos órganos del Estado a través de su jurisprudencia y de la propia interpretación constitucional sobre la base de específicos procesos constitucionales. Por lo general, los fallos del TC han generado en todos los países que lo contemplan una *guerra de cortes* y en nuestro caso ésta no solo se ha manifestado con el propio Poder Judicial⁽³⁵⁾, sino con otros organismos como el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y ni que decir del Parlamento, Poder Ejecutivo u organismos regionales y locales; es decir, a través del ejercicio de un control horizontal interórganos, que se complementa con un control vertical sobre las entidades privadas, como pueden ser monopolios u oligopolios. En suma, el TC en sus cerca de 13 años de existencia y a través de sus casi cincuenta mil sentencias⁽³⁶⁾ ha

(34) Häberle, Peter: “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Op. cit., pp. 763-784.

(35) AA.VV.: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Domingo García Belaunde (Coordinador), Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 4, Palestra, Lima, 2007.

(36) El cuadro de las sentencias publicadas hasta fines de 2008, en los siete procesos constitucionales con que cuenta el Perú, tanto de la jurisdicción constitucional orgánica como de la jurisdicción constitucional de la libertad, es el siguiente:

Año	HC	HD	Q	AI	AC	CC	AA	Total
1996	78	0	0	3	0	1	18	100
1997	40	1	0	18	16	2	526	603
1998	166	3	0	0	66	2	956	1,193
1999	252	3	0	0	104	1	1,036	1,396
2000	151	4	0	4	140	1	1,508	1,808
2001	168	3	0	20	45	1	465	702
2002	318	4	0	18	140	4	688	1,172
2003	711	7	91	25	387	9	3,372	4,602
2004	495	10	214	45	439	6	2,957	4,166
2005	550	9	330	34	1,227	8	4,903	7,061
2006	721	9	289	36	2,229	5	6,864	10,153
2007	1,367	81	301	38	1,130	8	6,405	9,330
2008	1,201	72	313	18	446	4	5,046	7,100
2009	38	0	11	0	5	0	118	172
Total	6,256	206	1,549	259	6,374	52	34,862	49,558
	12.62%	0.42%	3.13%	0.52%	12.86%	0.10%	70.35%	100.00%

penetrado por diversos ámbitos y recodos del control; sus sentencias suponen adelantar o retroceder las agujas del tiempo, internarse en los pliegues y repliegues de la condición humana y en la naturaleza y dinámica del poder. Por ello, muchas de sus decisiones pueden ser fuertemente cuestionadas –como en efecto siempre lo son–, pero esto no ha significado dejar de reconocer el rol que hoy juega, no solo en el sistema de justicia, sino en la gobernabilidad misma del país⁽³⁷⁾.

Este control constitucional lleva igualmente a señalar la naturaleza no solamente *procesal* de los procesos constitucionales con que cuenta el Perú a través de los llamados procesos de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que está conformado por el hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento; sino también otros tres procesos más que inciden en la parte orgánica de la Constitución y que forman parte de la más pura cepa de la *jurisdicción constitucional orgánica*, como son el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de acción popular y el proceso competencial; sino que consustancial a dicha naturaleza, también cabe reconocer que los procesos constitucionales, según la materia que se dilucida, el órgano que es emplazado y el impacto que ella genera, ostentan un *carácter político* al extremo que Häberle, por ejemplo, sostiene que, de acuerdo a la función que asumen, los tribunales constituyen un poder político⁽³⁸⁾.

5. LA AUTOPERCEPCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la primigenia concepción kelseniana⁽³⁹⁾ que delinea los tribunales constitucionales⁽⁴⁰⁾, se le prefiguró como un órgano de control frente a los excesos

(37) Un crítico del TC como el iusprocesalista Monroy Gálvez anota: “(...) el TC ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de mayor trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; ha colocado la linterna en donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti*, un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, ha determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones preocupen seriamente”. (Cfr. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Op. cit., p. 707.

(38) Häberle, Peter: “El Tribunal Constitucional como poder político”, en *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre, 2004, pp. 9-37.

(39) Lagi, Sara: *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.

(40) Kelsen, Hans: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Traducción y Notas de Roberto J. Bric, Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995.

del legislador (legislador negativo); hoy esa vieja concepción ha sido vadeada, pues hoy resulta un axioma en la construcción de los estados constitucionales el principio de que no existe ningún órgano exento del control constitucional, encargándose dicho control a órganos de justicia constitucional especializada. Así, en nuestro país el TC ha establecido también la llamada *inexistencia de zonas exentas de control constitucional*, pues sostiene que “afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.[...] Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos [...]”⁽⁴¹⁾.

En igual temperamento el propio TC ha establecido que el tema del control constitucional no se extingue en la interdicción de los actos inconstitucionales de los poderes públicos, sino que se extiende también frente a actos de los particulares o *inter privados*. El carácter de la Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad así lo exige⁽⁴²⁾. Hoy, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁽⁴³⁾ y la ampliación del ámbito de vinculación de la Constitución a las relaciones que se establecen dentro del marco de la autonomía privada, constituyen también un principio esencial del control constitucional. Así, el TC ha señalado que: “los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”⁽⁴⁴⁾.

En dicho contexto, este deber de protección impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Así, el control constitucional se habilita también sobre actos realizados por parti-

(41) STC 4053-2004-PHC, FJ 14.

(42) La naturaleza de la Constitución como Ley fundamental de la Sociedad—ha dicho el TC peruano— se sustenta tanto en el artículo 1 de la Constitución que prescribe que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” y en el artículo 38 según el cual “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)” (STC 976-2001-AA/TC, FJ 5).

(43) Vid. STC 03179-2004-PA, FJ 17; STC 00976-2001-PA, FJ 5; STC 10087-2005-PA, FJ 3.

(44) STC 976-2001-AA/TC, FJ 5.

culares. En nuestro sistema de jurisdicción constitucional, como es sabido, el artículo 200 de la Constitución posibilita la interposición del amparo contra acto u omisión de autoridad, funcionario o *persona* que amenace o vulnere los derechos fundamentales. Con ello, como ha tenido ocasión de precisar el TC, los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad sirven para efectuar un control constitucional sobre actos de los particulares⁽⁴⁵⁾.

El control constitucional sobre actos de particulares no contiene, sin embargo, como ha manifestado el TC, las mismas características que el control efectuado sobre actos de los poderes públicos. Así, como ha dicho el TC, el que la Constitución habilite el control constitucional sobre los actos *inter privados* “[...] no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales. De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad”⁽⁴⁶⁾.

En lo que sigue, como ya se ha señalado, vamos a establecer diversos casos que involucran el control constitucional de los distintos órganos del Estado, como son el Parlamento, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, así como casos concretos de control constitucional a la jurisdicción militar, la jurisdicción arbitral y la Administración Pública.

6. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Dentro de los distintos ámbitos donde el Tribunal Constitucional ha hecho ejercicio del control constitucional, interesa destacar, en primer lugar, el tema del control de las leyes de reforma constitucional. En efecto, una de las complejas problemáticas que se presenta con cierta dosis de intermitencia en América Latina es la presencia de un *poder constituyente irregular* y que lleva a afrontar las viejas teorías de Sieyès y de Emilio Boutmy. En efecto, se trata de si un poder constituido, como es el legislador ordinario puede ejercer facultades de poder constituyente derivado, situación que en la práctica y la doctrina no tiene

(45) STC 976-2001-AA/TC, FJ 5.

(46) STC 976-2001-AA/TC, FJ 8.

cuestionamiento, pero que ha llegado a los predios del Tribunal Constitucional para su dilucidación.

El tema del control de la reforma constitucional no sólo es un tema de permanente relevancia teórica, sino que en distintos países los tribunales o cortes constitucionales han realizado distintos exámenes sobre su validez normativa⁽⁴⁷⁾.

Por lo pronto, estamos de acuerdo con lo que plantea Roberto Rodríguez Gaona⁽⁴⁸⁾ en el sentido de que el control constitucional “puede examinar todas las normas de un sistema”. Esta hipótesis presupone afirmar que el control se extiende sobre la totalidad de las normas aplicables a cualquier instituto específico de control constitucional. En tal perspectiva, el control constitucional no tiene impedimento para examinar la validez de cualquier norma controvertida, entre las que se encuentra, obviamente las normas de reforma constitucional que resultan ser expresión natural de un poder constituyente derivado.

En primer lugar, el TC ha sido claro en señalar que la Constitución en su conjunto no puede ser objeto de control. Con ocasión del proceso de inconstitucionalidad planteado contra la Constitución Política de 1993, el Tribunal dejó sentado que una vez que entró en vigencia, todos los órganos constituidos, así como los ciudadanos debían respeto y fidelidad a la Carta Magna, sin excepción alguna. Con prudencia el TC estimó que puesto que él mismo –el TC– debía su existencia y su configuración, así como el propio régimen y designación de sus miembros a la Constitución de 1993, significaría un contrasentido jurídico desconocerla⁽⁴⁹⁾. Por otro lado, basado en el *principio de unidad de la Constitución*, el TC tampoco ha admitido la figura de una inconstitucionalidad parcial de la Constitución, o lo que podría ser lo mismo, la presencia de *normas constitucionales inconstitucionales*⁽⁵⁰⁾.

(47) Así por ejemplo, en México, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer del en revisión promovido por Manuel Camacho Solís, estableció un importantísimo criterio en lo atinente al control constitucional de la reforma de la Constitución: “el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, sí puede conocer de la constitucionalidad del procedimiento legislativo desarrollado para dar vida a una reforma constitucional”. Vid. B. Flores, Imer: “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Diego Valadés y Miguel Carbonell (Coordinadores), T I, UNAM, México, 2006, pp. 284-285.

(48) Rodríguez Gaona, Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2006, p. 19.

(49) STC 0014-2003-AI/TC, FJ 2.

(50) Con todo, aunque no en los términos utilizados lapidariamente por Otto Bachoff, el TC sí ha reconocido que una disposición constitucional entendida de determinada manera puede

Sin embargo, el TC sí ha considerado una exigencia impuesta por la propia Constitución el control de las leyes de reforma constitucional. Como intérprete supremo de la Constitución y como vocero del poder constituyente, el Colegio Constitucional se ha considerado competente para evaluar la validez de las leyes de reforma constitucional, básicamente cuando éstas vulneren el proceso mismo de reforma constitucional establecido en la Constitución (revisión formal) y cuando atenten contra el “contenido fundamental de la Constitución” (revisión material)⁽⁵¹⁾.

En esta línea, el Tribunal determinó con corrección que el parámetro de control de las leyes de reforma constitucional debía estar constituido por los principios fundamentales de la Constitución a modificarse y no por las normas modificatorias de ésta. Dicha consideración encuentra su sustento en un principio fundamental del control constitucional que el TC peruano, en este caso, se ha encargado de explicitar: el carácter predeterminado y objetivado del parámetro de control⁽⁵²⁾. Así, en la STC 014-2003-AI/TC, el TC peruano estableció, gráfica-

resultar irrazonable o atentar contra el contenido esencial de algún derecho fundamental. Así, en el caso Luis Felipe Almenara Bryson el TC determinó que la norma constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución que prescribe que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” no era congruente ni guardaba conexión lógica con la disposición constitucional que permitía a los magistrados destituidos por medida disciplinaria postular nuevamente a la carrera judicial. En este sentido, independientemente de un proceso de reforma constitucional, el TC dispuso que tal prohibición de no postular a quien simplemente se le había retirado la confianza, no era válida, mutándose en el fondo el sentido del texto fundamenta (STC 1941-2002-AA/TC, FJ 22). En igual sentido, en la STC 0006-2003-AI/TC, en el FJ 17 el TC estableció que la prohibición de modificación de la acusación constitucional por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial, establecida en el artículo 100 de la Constitución, invadía las competencias constitucionales que la propia Constitución había asignado a estos órganos; por lo que recomendó la reforma constitucional respectiva. Sobre las normas constitucionales inconstitucionales puede verse nuestro trabajo “Luces y sombras a medio siglo de una propuesta: las normas constitucionales inconstitucionales”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IX, N° 9, PUCP, 2003. Vid. además el clásico trabajo de Bachof, Otto: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

(51) Así, el TC dejó claramente establecido que “aunque el control de una ley de reforma constitucional podría ser visto como una “cuestión política no justiciable”, dado que no se encuentra expresamente previsto por el artículo 200° inciso 4) de la Constitución como una de las materias susceptibles de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, tal razonamiento cede bajo la consideración que este Colegio vela porque la norma suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar, tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional” (STC 0050-2004-AI/TC, FJ 3-5).

(52) Vid. Aragón Reyes, Manuel: *Constitución, democracia y control*, op. cit., pp. 141 y ss.

mente, que “si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se ‘administraba’ no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal”⁽⁵³⁾.

En cuanto a la determinación del núcleo fundamental de la Constitución como parámetro material de control, el TC peruano ha establecido que éste se haya constituido por los principios esenciales de la Constitución, sin los cuales ésta caminaría irremediamente a su aniquilación. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado. Estos principios esenciales si bien no han sido determinados de manera explícita como límites a la reforma constitucional lo son en tanto constituyen los supuestos ideológicos y valorativos en los que se sustenta la idea misma de una Constitución. Así el TC ha precisado, con énfasis que: “El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen ‘representativo’, para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución”⁽⁵⁴⁾. Ha concluido en este sentido el TC peruano que “el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano. Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el ‘contenido fundamental’ existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente”⁽⁵⁵⁾.

Además de ello, el TC ha precisado la existencia de unos límites materiales explícitos, que si bien no son absolutos como los anteriores constituyen parámetro para la evaluación de la validez de las leyes de reforma constitucional. Dichos límites se hayan constituidos por el contenido esencial de los derechos fundamentales. Como la propia Constitución ha establecido en su artículo 32 *in fine*, “la

(53) STC 014-2003-AI/TC, FJ 22.

(54) STC 0050-2004-AI/TC, FJ 35.

(55) STC 0050-2004-AI/TC, FJ 32.

supresión o disminución de los derechos fundamentales no puede ser sometido a referéndum”. Sin embargo, dicho límite explícito no opera como el anterior de manera absoluta. El propio TC ha reconocido que los derechos fundamentales tienen un tiempo histórico en el cual se desenvuelven y que si las condiciones que hicieron surgir determinada regulación de un derecho fundamental cambian, el contenido del mismo también puede variar. Por otro lado, la necesidad de coherencia determinadas exigencias provenientes de otros derechos fundamentales puede hacer variar de igual modo el estatuto constitucional de un determinado derecho fundamental. Ello hace necesaria la aplicación de determinados criterios interpretativos que permitan dicha concordancia entre las distintas exigencias constitucionales que la Norma fundamental trae consigo. Así ha ocurrido en el caso de la reforma del régimen pensionario, donde merced a un principio de solidaridad constitucional el Tribunal Constitucional peruano convalidó dicha reforma que proscribía la nivelación pensionaria y cerraba el régimen de la cédula viva⁽⁵⁶⁾.

7. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO Y DE LAS PRERROGATIVAS PRESIDENCIALES

7.1. El control constitucional de los decretos de urgencia

Dentro del esquema actual de cooperación y equilibrio de poderes, la función normativa o de legislación no ha sido encomendada exclusivamente al Parlamento, sino que en nuestro país, la Constitución ha reconocido dicha potestad también al Poder Ejecutivo, a través de los llamados *decretos de urgencia* (además de los decretos legislativos). Y es que la propia dinámica de la vida constitucional, en sociedades vertiginosas y cambiantes como la nuestra, exige de parte del poder público formas de actuación que permitan responder de manera inmediata a los problemas de la vida nacional, sin esperar el trámite normal de los procedimientos comunes que de seguirse podrían causar algún daño o perjuicio en los intereses nacionales.

Como ha dicho el TC, en el enfrentamiento adecuado y oportuno de dichas situaciones de *emergencia constitucional* es que se justifica la potestad normativa asignada al Poder Ejecutivo; por lo que su ejercicio debe estar sujeto también a dicha circunstancia especial⁽⁵⁷⁾. Los decretos de urgencia, por más que constitu-

⁽⁵⁶⁾ STC 0050, 0051-2004-AI/TC (acumulados), FJ 30-41.

⁽⁵⁷⁾ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 56-60. En la dinámica del control constitucional, los procesos de inconstitucionalidad planteados contra decretos de urgencia alcanzan un número de 18. De éstos 8 han sido declarados improcedentes, 5 infundados, 1 fundado en parte, 2 fundados, 2 se encuentran pendientes de resolución. Las resoluciones desestimativas son las siguientes: STC 0005-1997-AI, STC 0006-1997-AI, 0007-1997-AI, 0006-1999-AI, 0015-2001-AI, 0016-

yan normas de carácter excepcional, no pueden en ningún caso quedar fuera de las condiciones que la propia Constitución ha previsto para su utilización. En efecto, el TC ha singularizado en este caso, a partir del propio texto constitucional, una serie de requisitos para la validez constitucional de dichos decretos de urgencia, arrogándose la facultad de control sobre el cumplimiento de los mismos a efectos de declarar su constitucionalidad o no⁽⁵⁸⁾.

Los requisitos de validez de los decretos de urgencia (amén del respeto a los valores, principios y derechos constitucionales que toda norma jurídica debe guardar) pueden ser clasificados –en palabras del TC– en *formales* y *materiales*. En cuanto a los primeros (referidos al procedimiento formal para su adopción), dichos requisitos están constituidos por la refrendación del Presidente del Consejo de Ministros (condición *ex ante*) y la obligación de dar cuenta al Congreso (condición *ex post*, que puede dar lugar a un control político *a posteriori* por el Parlamento)⁽⁵⁹⁾. Por su parte, en lo que corresponde a los requisitos materiales o sustantivos, el TC ha dividido a su vez a éstos en criterios de evaluación de carácter *endógeno* y *exógeno* a la norma. Por lo que respecta al primero, el decreto de urgencia debe versar sobre materia *económica o financiera*, mientras que en lo atinente a los criterios exógenos, éstos tienen que ver con las circunstancias fácticas de excepción que justifican a nivel constitucional la dación de los referidos decretos.

En atención a la forma de ejercer el control constitucional de los decretos de urgencia, resultará esencial verificar, entonces, más allá del cumplimiento de los requisitos de forma establecidos, la presencia de una materia económica o financiera en su contenido, así como la existencia de una circunstancia de imprevisibilidad y urgencia que amerite la habilitación de esta forma extraordinaria de legislación. Respecto a la materia económica, el TC ha sido claro en sostener que ésta no se refiere sólo a una incidencia en el presupuesto, que todo problema social puede tener, sino esencialmente a los fines económicos que la norma con su promulgación busque⁽⁶⁰⁾. Por lo que se refiere a las circunstancias fácticas que exigen la dación de un decreto de urgencia, el TC ha establecido una serie de características que, a la postre, son las que van a definir si el decreto expedido por el Presidente de la República es precisamente de *urgencia*. Estas características, en términos del TC son las siguientes:

2001-AI, 0032-2006-AI, 0004-2007-AI (improcedentes), STC 0004-1999-AI, 0006-2000-AI, 0001-2001-AI, 0009-2004-AI, 0005-2006-AI (infundadas); mientras las estimativas son: 0008-2003-ai, 0017-2004-AI, 0023-2007-AI.

(58) STC 0008-2003-AI/TC, FJ 56-60.

(59) STC 0008-2003-AI/TC, FJ 57.

(60) STC 0008-2003-AI/TC, FJ 59.

- a) Excepcionalidad:* La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español –criterio que este Colegiado sustancialmente comparte– que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).
- b) Necesidad:* Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) Transitoriedad:* Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) Generalidad:* El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.
- e) Conexidad:* Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3). Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones

normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada”⁽⁶¹⁾.

En consecuencia, queda claro para el Tribunal que, aún cuando *prima facie* la evaluación de la situación de necesidad y urgencia le corresponde al Poder Ejecutivo, en el marco de su función constitucional de dirección política, no por ello puede dejar de reconocerse que en el Estado constitucional, dicha potestad debe ser ejercida dentro de los parámetros que la propia Constitución ha establecido para la expedición de los decretos de urgencia, tanto en sus aspectos formales o procedimentales como en sus aspectos sustantivos; estos últimos representados básicamente por el *telos* que la Constitución asigna a estas normas legislativas expedidas por el Poder Ejecutivo. En este contexto, puede concluirse que si bien la Constitución habilita una solución constitucional para los momentos de emergencia o crisis económica, a través de los llamados decretos de urgencia, nuestra Carta Magna también pretende que la utilización de estos decretos excepcionales, sea racional y ponderada, no admitiéndose bajo ninguna circunstancia su uso indiscriminado y arbitrario, fuera de todo cauce constitucional.

7.2. El control constitucional del derecho de gracia presidencial

Desde otra perspectiva, otro caso de control constitucional de los actos del Poder Ejecutivo es el que se haya constituido por el control de la *prerrogativa presidencial de la gracia*, que históricamente siempre se halló exenta de cualquier tipo de control. La Constitución peruana de 1993 establece en su artículo 118 las funciones que le corresponden al Presidente de la República, dentro de las cuales, prevé al titular del Poder Ejecutivo la facultad de “[c]onceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”⁽⁶²⁾.

Las gracias presidenciales reconocidas en nuestra Constitución tienen como fin la evaluación de la necesidad de la pena. En tal sentido, su utilización sólo se justifica cuando resulte innecesario el cumplimiento de la pena para el caso del *indulto* y la *conmutación de la pena*, así como la persecución penal para el caso del *derecho de gracia*.

Tanto el *derecho de gracia* como el *indulto* presentan características similares, puesto que ambas extinguen la acción penal y la condena, y eliminan cualquier tipo de antecedentes penales y judiciales al beneficiado con su concesión.

⁽⁶¹⁾ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 60.

⁽⁶²⁾ Artículo 118°, inciso 21) de la Constitución Política del Perú.

Como claramente puede advertirse del artículo 118° de la Constitución, este dispositivo ha establecido supuestos para la concesión del derecho de gracia, a saber: a) que el beneficiado tenga la condición de procesado; y, b) que se encuentre en la fase de instrucción y que el proceso haya excedido en el doble de su plazo más su respectiva ampliatoria. Asimismo, no debemos olvidar que nuestra Carta Magna prevé como requisito de validez de todos los actos que emite el Presidente de la República, que éstos tengan refrendo ministerial, al señalar que “[...] son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”⁽⁶³⁾.

Debido a la configuración que la propia Constitución le ha otorgado a la institución que nos ocupa, su naturaleza es la de un *acto discrecional*, es decir, una actividad estatal que no encuentra mayor grado de justificación en su otorgamiento que la observancia de los requisitos anotados anteriormente, sin que medie ninguna razón técnica adicional para su adopción.

Esta característica propia de las gracias presidenciales ha sido siempre cuestionada a lo largo de la historia, aduciéndose que fomenta la impunidad y que se presta a juegos políticos. En nuestro país, las gracias presidenciales, cuya concesión se entiende como un acto excepcional, ha servido como paliativo para solucionar la crisis penitenciaria que sufrimos, y ha sido utilizado como un mecanismo ordinario para luchar contra el hacinamiento de las cárceles. Surge entonces la necesidad de reflexionar respecto de si tal facultad otorgada al titular del Poder Ejecutivo puede ser objeto de control constitucional o si es que únicamente le corresponde el control político por parte del Congreso de la República cuando nos encontramos ante concesiones cuestionadas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con respecto del derecho de gracia en el caso Jalilie Awapara vs. Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima⁽⁶⁴⁾, desarrollando los límites, naturaleza y fines de dicho instituto.

Al igual que en otras oportunidades, el TC ha partido del principio de fuerza normativa de la Constitución, para afirmar que cualquier acto de poder público o privado que atente contra los valores, principios o derechos constitucionales, puede ser objeto de control constitucional, principio que, como ya se dijo no tiene excepciones en nuestro sistema de jurisdicción constitucional; por lo que, incluso las prerrogativas de los más altos funcionarios del Estado que siempre han estado cubiertas por una amplia discrecionalidad, pueden ser objeto de control constitucional. Además de ello, una razón adicional por la cual el control constitucional de

⁽⁶³⁾ Artículo 120° de la Constitución Política del Perú.

⁽⁶⁴⁾ STC 4053-2007-PHC.

la concesión del derecho de gracia es predicable en nuestra Constitución es la consideración del principio de igualdad que impone una justificación razonable para el tratamiento diferenciado de los procesados; así como los mismos fines constitucionales de la pena y del proceso penal.

El primer punto para realizar el control constitucional de la concesión del derecho de gracia pasa por escudriñar los límites que dicho instituto contiene de su propia configuración y como resultado de una interpretación sistemática de la Constitución, como son, sus límites formales y materiales. Ha sostenido el TC, con respecto a sus *límites formales*⁽⁶⁵⁾ que “[...] [e]s de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).”

Asimismo, el TC estableció los *límites materiales*⁽⁶⁶⁾ que debe reunir la decisión, para que esta medida esté de acuerdo con los principios de supremacía constitucional y de unidad de la Constitución. Así, expresó el TC que “[...] En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. [...] Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado. En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.”

Como puede apreciarse, una concesión indebida de la gracia presidencial, que desconozca los límites formales y materiales arriba señalados, no sólo desnaturalizaría la misma institución sino que resultaría atentatoria del principio de

(65) STC 4053-2007-PHC, FJ 25.

(66) STC 4053-2007-PHC, FJ 26 y 27.

igualdad, puesto que en aquellos casos en los que no exista una especial situación del procesado que justifique un tratamiento diferenciado respecto de los demás procesados vulneraría el propio texto constitucional. Como sostiene el Tribunal⁽⁶⁷⁾, en aquellos casos en los cuales “la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.”

Finalmente, respecto de la necesidad de justificar las resoluciones supremas que conceden el derecho de gracia presidencial ha sostenido que⁽⁶⁸⁾ “[...] Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.”

8. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL

Con relación al control constitucional del Poder Judicial, asistimos a una verdadera paradoja. Se trata de la paradoja del constitucionalismo contemporáneo, que confía a los jueces la custodia última de los derechos fundamentales, sin que ello exima a éstos del propio ejercicio del control constitucional. En concreto, se trata del control de su actuación en cuanto funcionarios que ejercen el poder de *decir el Derecho* en la solución de los conflictos sociales cuya solución se les encomienda.

La puerta de entrada al control de la actividad jurisdiccional del Poder Judicial ha sido, como en muchos otros casos, una puerta creada vía interpretación. Como observa Samuel Abad⁽⁶⁹⁾, al igual que la actual Constitución, la de 1979 dejó abierta la posibilidad del amparo contra la actuación del Poder Judicial, en la medida que su artículo 295, al igual que el actual artículo 200 de la Constitución de 1993, dejaba abierta la posibilidad del amparo frente a “cualquier autoridad, funcionario o persona”.

(67) STC 4053-2007-PHC, FJ 28.

(68) STC 4053-2007-PHC, FJ 32).

(69) Abad Yupanqui, Samuel: *El Proceso Constitucional de Amparo*, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 348.

De ello se dedujo, tempranamente, e incluso antes de la legislación mencionada⁽⁷⁰⁾, que los jueces como cualquier *funcionario o autoridad* no podían quedar exentos de control respecto de su actividad jurisdiccional. No obstante, fue la Ley 23506 que en su artículo 6.2, la que, queriendo cerrar la posibilidad del control constitucional de la actividad judicial, estableció que “no proceden las acciones de garantía: contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”. Sin embargo, dicha fórmula dejaba igualmente habilitada una interpretación que, *contrario sensu*, permitía la posibilidad “legal” del amparo contra decisiones judiciales, cuando tales decisiones no emanaban de “*procedimiento regular*”⁽⁷¹⁾. La calificación de lo que debía entenderse por “*procedimiento regular*” se convirtió, de este modo, en el punto neurálgico en la jurisprudencia constitucional para establecer el control o no de la actividad judicial.

Como es sabido, la Constitución de 1993 constitucionalizó el problema, al reproducir en su artículo 200.2 la literalidad del texto del artículo 6.2 de la Ley N° 23506, conforme al cual: el proceso de amparo no procede “contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

No obstante, a la misma conclusión podría llegarse si es que se parte de otro extremo del artículo 200.2 de la Constitución de 1993. Esto es, el extremo en el que se constitucionaliza el régimen general del proceso de amparo, conforme al cual, este proceso constitucional procede, “ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. De este modo, mientras respecto de resoluciones judiciales hay que estar al concepto de “procedimiento regular”, en cambio en cuanto “autoridad o funcionario” los jueces están sometidos a control no sólo respecto de su actividad jurisdiccional sino también respecto de cualquier tipo de actuación e incluso, llegado el caso, también sería objeto de control las “omisiones” o inacciones de los jueces⁽⁷²⁾.

(70) García Belaunde, Domingo: *El Habeas Corpus Interpretado*, PUCP, Lima, 1971.

(71) García Belaunde, Domingo: “El Amparo contra resoluciones Judiciales. Nuevas Perspectivas”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 157 y ss.

(72) Supuesto de inacciones serían, por ejemplo, los problemas a los que se refiere el propio García Belaunde, respecto del derecho de acción, cuando se refiere a la negativa del órgano judicial para calificar la demanda, aún cuando el Profesor García Belaunde considera que el remedio en estos casos, no sería el amparo sino la queja ante el superior y sólo excepcionalmente y ante las frustradas gestiones internas cabría como hipótesis teórica y extrema, el proceso de amparo (Cfr. García Belaunde, “El Amparo contra resoluciones Judiciales. Nuevas Perspectivas”, op. cit., p. 157). En los últimos años la jurisprudencia del TC ha puesto de manifiesto la relevancia del control de omisiones de los órganos judiciales, ello sobre todo si se toma en cuenta la constitucionalización, vía jurisprudencia, del derecho al plazo razonable. Aquí se trata del control temporal de la actividad judicial. (Cfr. STC N. ° 3778-2004-AA/TC).

Con este antecedente, el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) sólo vino a reconocer de manera explícita la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, aunque limitándolo a resoluciones judiciales “firmes” y al agravio a la tutela judicial o el debido proceso “manifiestos”⁽⁷³⁾.

8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial

Superada la discusión de la procedencia del amparo contra decisiones judiciales tras su reconocimiento constitucional, en cuanto expresión del régimen general del proceso de amparo; el desarrollo jurisprudencial de los últimos años se ha mostrado fructífero a la hora de delimitar cada uno de los derechos *constitucionales procesales* que comprende su objeto.

El punto de partida para el análisis de la jurisprudencia de esta primera etapa es la convicción de que los órganos judiciales sólo podían efectuar violaciones constitucionales respecto de su actividad procesal. Así el Tribunal Constitucional dirá que “(...) sólo procede evaluar las resoluciones judiciales cuestionadas en la medida en que pudieran afectar algún derecho constitucional procesal (...)”⁽⁷⁴⁾; ello, además, en aparente concordancia con lo que al parecer sugería la propia fórmula del artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

No obstante, como lo hace notar Castillo Córdova⁽⁷⁵⁾, si bien la tutela judicial efectiva a la que alude el artículo 4 del C.P.Const. incluye un haz de derechos de naturaleza procesal, el Tribunal también ha incluido en el ámbito de control de las

(73) “Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales.- El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

(74) STC 0282-2004-AA/TC, FJ 2 (Caso Gracia María Francisco Aljovín).

(75) Castillo Córdova, Luis: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2006, pp. 136 y ss.

actuaciones judiciales al *debido proceso sustantivo* y en especial los criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad* en la actuación jurisdiccional. En tal sentido, el TC tuvo ocasión de establecer que “*La dimensión sustancial del debido proceso además de tener un control formal del proceso judicial, controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional, es decir un control en cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez dentro del marco de la Constitución y las Leyes*”⁽⁷⁶⁾.

La dimensión del control sustancial de las decisiones sería el anuncio de uno de los cambios más relevantes producidos en los últimos años en materia de control de decisiones judiciales. En efecto, como se ha dicho, con la expedición de la STC 3179-2004-PA/TC, de 2 de octubre de 2006, caso Apolonia Ccollcca, el Tribunal Constitucional dejó atrás una corriente jurisprudencial de cerca de 25 años en torno al ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales⁽⁷⁷⁾.

En la STC 3179-2004/PA/TC, el Tribunal afirmaría que en la medida que *todos* los derechos fundamentales vinculan a *todos* los poderes públicos, el control constitucional de las resoluciones judiciales necesariamente tenía que comprender la tutela de *todos* los derechos fundamentales. Un control, desde luego, que no sólo se dirige a evaluar si en un proceso ordinario los jueces han cumplido con la obligación de “respetar” los derechos, es decir, con no vulnerarlos; sino que comprende también la obligación de “garantizarlos”, esto es, de observar que en la aplicación de la legislación ordinaria se observe el significado correcto de dichos derechos fundamentales.

Por cierto, la variación de este criterio jurisprudencial no ha sido ajena a ciertas reacciones. Los temores de que el Tribunal Constitucional pueda cruzar la línea de frontera entre lo que es propio de la jurisdicción constitucional con la que corresponde a la justicia ordinaria, sigue siendo el principal reto que tiene que afrontar el Supremo Intérprete de la Constitución. Pero es un desafío que, dentro de la zona de penumbra con que pueda estar marcada, cuenta ya con importantes parámetros de autorestricción. Con todo lo polémico que ello pueda resultar, la apelación a la *fórmula Heck*, acuñada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y asumida por el Tribunal en las RTC 9746-2005-PHC/TC y en la STC 1209-2006-PA/TC; o a la *fórmula de la cuarta instancia*, expuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y asumida por el Tribunal

⁽⁷⁶⁾ STC 01209-2006-PA/TC, FJ 28.

⁽⁷⁷⁾ Grández Castro, Pedro y Carpio Marcos, Edgar, “El Tribunal Constitucional peruano cumple 10 años. (Reporte de su labor jurisprudencial durante el año 2006), en *Anuario Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 11, 2007.

en la RTC 0759-2005-PA/TC, dichas pautas constituyen ya importantes límites funcionales que marcan, en negativo, el ámbito dentro del cual no puede moverse el control constitucional de las resoluciones judiciales.

8.2. El control de la motivación⁽⁷⁸⁾

Los límites de la intervención del juez constitucional en las labores del juez ordinario, es una discusión, que corre en paralelo, dentro de la jurisprudencia constitucional, con el derecho a la debida justificación de las resoluciones judiciales. Esto es así, toda vez que, en muchos casos, la “*corrección constitucional*” exigida por el Tribunal, supone la evaluación de la *manera* en que los jueces del Poder Judicial entienden los derechos, o incluso, el propio contenido de la Ley.

En el caso peruano, en los últimos años, el Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia la denominada *fórmula Heck*⁽⁷⁹⁾ propuesta por el Tribunal Federal Alemán como metodología de separación del trabajo entre justicia ordinaria y justicia constitucional, la que permite que determinados supuestos de la actividad judicial ordinaria queden al margen del control de constitucionalidad, ya sea por corresponder al ámbito de una mera legalidad o por constituir actividad de valo-

⁽⁷⁸⁾ Seguimos, en este punto, el esquema de exposición de Pedro Grández, en *La justificación de la sentencia constitucional. Bases teóricas para la construcción de un modelo*, Tesis para optar el grado de Magister en Política Jurisdiccional, PUCP, Lima, 2006.

⁽⁷⁹⁾ “La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional (...); sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional (...) entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional (...), siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (BverfGE 18, 85 –sentencia del 10 de junio de 1964–). STC N° 0571-2006-AA/TC, La misma doctrina se volvió a recordar en la STC 2298-2005-PA/TC, donde el Tribunal expresó que “(...) conforme a nuestra reiterada y uniforme jurisprudencia, (...) la determinación de cuál sea la norma aplicable para resolver una controversia suscitada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, es un tema que no está dentro de la competencia *ratione materiae* del proceso constitucional de amparo. Tenemos dicho, en efecto, que el amparo contra resoluciones judiciales no es un instrumento procesal que (...) mediante su utilización el Juez Constitucional pueda evaluar si la aplicación de una norma legal se ha efectuado correctamente (o no) al resolverse un caso. [Fundamento 4]

ración de hechos que no repercuten en el ámbito constitucionalmente protegido de alguno de los derechos protegidos a través del proceso de amparo.

En esta misma línea, el TC peruano también ha recogido la *fórmula de la cuarta instancia*⁽⁸⁰⁾, estableciendo por esta vía que el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* para “(...) constituirse en una instancia de prolongación del debate judicial realizado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”. De este modo, el TC ha dispuesto que “(...) no puede ... revisar las sentencias dictadas por los jueces ordinarios que actúen en la esfera de su competencia respetando debidamente los derechos fundamentales de orden procesal (...)”⁽⁸¹⁾.

El Tribunal peruano, en el caso *Bedoya de Vivanco*⁽⁸²⁾, estableció que “(...) solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores”.

El modo de actuar del Tribunal dentro de tal “excepcionalidad” es, desde luego, en el marco de la “razonabilidad” que supone, de entrada, una puesta en escena del poder de “regulación procesal” de parte del Tribunal. Pues las veces que considera que dicha irrazonabilidad se ha producido, ya sea en la calificación jurídica o en la propia valoración de los hechos, la intervención estará legitimada conforme al propio Tribunal. Podría afirmarse, de este modo, que parece irremediable que el Tribunal actúe en estos ámbitos como árbitro de su propia actuación, con relación a las intervenciones en las decisiones del juez ordinario.

Esto queda demostrado si se observa el caso, donde el Tribunal legitima su actuación, ya no para el examen de una “irrazonable” asignación de significados a una determinada norma de carácter legal por parte del juez ordinario, sino que incluso tratándose de una simple liquidación de intereses de una deuda laboral, el

⁽⁸⁰⁾ La fórmula de la cuarta instancia ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer parámetros de actuación en torno a su injerencia en el Derecho de los Estados partes de la Convención. Cfr. Caso *Villagrán Morales contra Guatemala*, Excepciones preliminares; vid. a Landa Arroyo, César (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005, pp. 339-364.

⁽⁸¹⁾ RTC 0759-2005.PA/TC FJ 2.

⁽⁸²⁾ STC 2758-2004-HC/TC.

Tribunal termina en la práctica, sustituyendo el criterio del juez de ejecución para sugerir que el suyo, resulta para el caso, más “razonable”. De este modo, el Tribunal estima que “Siendo que en el presente caso se comprueba una falta de razonabilidad y legalidad al momento de calcular los intereses de una deuda laboral, conforme a los fundamentos expuestos *supra*, este Tribunal también comprueba una violación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en su manifestación de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales fundadas en Derecho”⁽⁸³⁾.

8.3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario

En un intento por dar cierta coherencia doctrinaria a los criterios de intervención en las razones de la justicia ordinaria, se ha postulado una distinción entre dos extremos o concepciones a la hora del control constitucional de las decisiones del juez ordinario. Así se alude a una *interpretación estricta* y una *flexible* a la hora de “intervenir” en la motivación del juez ordinario⁽⁸⁴⁾.

En el primer caso (*interpretación estricta*) se trataría de un examen teniendo como premisa que los jueces ordinarios han actuado en el ámbito de sus competencias, de modo que se trata de construir una política jurisprudencial de auto limitación o *self restraint* a favor de la justicia ordinaria. Desde esta perspectiva, esta sólo resulta “juzgada”, cuando sea inexorable o el agravio sea “manifiesto” en el ámbito constitucional “reservado” al juez constitucional. En el segundo caso (*interpretación flexible*) el alcance del control es en cambio integral. “En base a la tesis que postula la dimensión objetiva del amparo (...) los jueces constitucionales asumen competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar todo el proceso (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas)”⁽⁸⁵⁾. Al parecer se trataría, por esta vía, de erradicar todo obstáculo que impida un control total por parte del Tribunal sobre el juez ordinario.

El problema de esta estrategia metodológica, si bien permite identificar dos extremos o “actitudes” frente a las decisiones de la justicia ordinaria respecto del control constitucional, no ofrece, sin embargo, claridad ni descriptiva ni prescriptiva

(83) STC N° 665-2007-AA/TC FJ 18.

(84) Cfr. Landa Arroyo, César: “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, en *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra, Lima, 2006, p. 385.

(85) Landa Arroyo, César: *op. cit.*, p. 386.

a la hora de establecer parámetros para realizar tal control. No es descriptiva, puesto que es posible encontrar que en la práctica jurisprudencial, muchas veces, el control se realiza en términos medios. Es decir, sin entrar en el fondo, pero tampoco limitándose sólo a las formas procesales, como pareciera sugerir una perspectiva “estricta”. No es prescriptiva, porque no nos dice, cuales son los límites, si acaso fuera posible y tampoco postula parámetros para proteger la independencia y seguridad jurídica que debe otorgar todo juez con sus decisiones, de modo que la actuación del juez constitucional, sobre la base de la necesidad de control constitucional, no termine por generar mayores perjuicios con un activismo desbocado por parte del Tribunal Constitucional.

Frente a la ambigüedad y poca utilidad práctica de las fórmulas genéricas, la jurisprudencia constitucional ha postulado también, siguiendo la experiencia comparada, un modelo de control basado en la razonabilidad de la intervención en la justicia ordinaria. De este modo y con base en el caso Lüth resuelto por el Tribunal Federal Alemán⁽⁸⁶⁾, se ha postulado hasta tres *test* para examinar una resolución judicial desde la perspectiva constitucional. “Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un examen de *razonabilidad* y *coherencia* y la medida debe ser materia de un examen de *suficiencia*”⁽⁸⁷⁾.

Estos criterios han sido recogidos por la jurisprudencia constitucional peruana en un caso reciente, donde además se dio cobertura para que vía un proceso de amparo contra una decisión judicial ya no sólo se pueda revisar la violación a la tutela judicial o el debido proceso⁽⁸⁸⁾, sino cualquier derecho fundamental⁽⁸⁹⁾.

(86) BverfGG 7, 198.

(87) *Ibidem.* citando además a Jiménez Campo, Javier, “El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en Rubio Llorente, F. y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pg. 74 y ss.

(88) Debe tenerse en cuenta en este punto, que el Código Procesal Constitucional estableció una lista de derechos que podían ser alegados como violados en un amparo contra resoluciones judiciales. El artículo 4° de dicho cuerpo normativo establece: “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

(89) Entre otros argumentos el Tribunal estableció que “La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso

Así en el caso Apolonia Ccolleca (Exp. 3179-2004-AA/TC)⁽⁹⁰⁾, el Tribunal asumió una concepción amplia de revisión de toda decisión judicial donde se constate la violación de cualquier derecho que tenga relevancia constitucional. Sin embargo, en la misma sentencia, incorporó también el canon para el control de decisiones judiciales.

Dicho canon interpretativo, a decir del Tribunal, permitiría “realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias” y estaría compuesto, en primer lugar, por un examen de *razonabilidad*; en segundo lugar, por el examen de *coherencia*; y, finalmente, por el examen de *suficiencia*.

- a) *Examen de razonabilidad*. Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
- b) *Examen de coherencia*. El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.
- c) *Examen de suficiencia*. Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

La última decisión relevante en materia de control de actuaciones judiciales está contenida en la STC 0728-2008-HC/TC, caso Giuliana Llamoja. La relevan-

o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los «otros» derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción insitos en cada uno de ellos”. (STC 3179-2004-AA/TC FJ. 18)

⁽⁹⁰⁾ Sobre esta decisión, existen comentarios encontrados. De hecho el voto particular del magistrado Vergara Gotelli expresado en la sentencia, muestra ya una posición en contra, desde una perspectiva procesalista que ha sido también asumida por algún sector de la doctrina nacional. Cfr. además, comentarios a esta sentencia de Luis Castillo Córdova, “Amparo contra resoluciones judiciales. Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencia”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 99, Lima, 2006, pg. 55 y ss. Comentarios a favor de las tesis del TC, puede verse el trabajo de Jorge León Vásquez, El control de las resoluciones judiciales. Notas a las sentencia 3179-2004-AA/TC, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 100, Lima, 2007, pg. 39 y ss.

cia de este caso radica en que el TC expone esta vez un modelo de control estricto en materia de apreciación del material probatorio que crea convicción en el juzgador penal. La motivación en materia de hechos no había sido puesta de relieve por el Tribunal, de manera que puede establecerse que este caso marca el inicio de un nuevo periplo del Tribunal en la extensión de los controles también al ámbito de la apreciación de la prueba⁽⁹¹⁾.

La exigencia de una estricta justificación en materia de hechos pone, sin embargo, en una situación de nuevo riesgo al Tribunal. Por un lado, el peligro tantas veces acusado de convertirse en una instancia de calificación del juicio *a quo*; y por otro, de aumentar de manera incontrolable su carga procesal ante la falta de claridad de los criterios de selección de casos y ante el apetito nunca satisfecho de los abogados de llevar las causas hasta el último pedestal de la justicia.

Con todo, bien cabe señalar que el control constitucional respecto a las resoluciones judiciales ha tenido un complejo periplo evolutivo que fue signado, primero, con la vieja posición llamada *tesis negativa* que fue desarrollada tanto por los viejos antecedentes del D. Ley. 17083, luego por la ley 23506, bajo el marco del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales y que habría de extenderse hasta el Tribunal Constitucional; y luego superada esta postura, la llamada *tesis permisiva* que admitió una variante “*débil*”, vía la interpretación *contrario sensu* del art. 6.2. de la 23506, y luego la actual *tesis permisiva* que inaugura el art. 4 del actual C.P.Const.

9. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Constitución Política de 1993 ha asignado en su artículo 159 al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Dicha facultad –ha dicho el TC–, si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales⁽⁹²⁾. En dicho contexto, a partir de la sentencia recaída en el caso Fernando Cantuarias Salaverri⁽⁹³⁾, el Tribunal Constitucional ha admitido

⁽⁹¹⁾ Giacomette Ferrer, Ana: *La prueba en los procesos constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.

⁽⁹²⁾ STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 7.

⁽⁹³⁾ STC 6167-2005-PHC/TC.

el control constitucional de los actos del Ministerio Público, reconociéndose que el Ministerio Público se encuentra vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido proceso. En dicha sentencia se señaló que la competencia asignada al fiscal para llevar a cabo una investigación no le permite en modo alguno: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Además de ello, conforme estableció anteriormente en la STC 1268-2001-HC/TC, el proceso prejurisdiccional penal representado por la investigación fiscal también debe respetar los principios y derechos que conforman el debido proceso, trasladando en lo que sea pertinente las garantías otorgadas en el proceso penal a sede fiscal, a fin de evitar un accionar desvinculado de la Constitución y de la dignidad de la persona humana.

El control que se debe ejercer sobre dichos actos vulneratorios del debido proceso y de los principios mínimos de razonabilidad y proporcionalidad que acometa el Ministerio Público no puede ser efectuado, sin embargo, a través del proceso constitucional de hábeas corpus. Como ha entendido el TC, este proceso constitucional en nuestro sistema de jurisdicción constitucional se encuentra conectado con la protección de la libertad personal, y en los términos de artículo 4 del C.P.Const. sólo procede contra la vulneración del debido proceso siempre que ésta involucre dicho derecho constitucional. En los términos expuestos por el TC la denuncia fiscal no constituye tampoco una amenaza contra la libertad individual, pues el juez penal no se encuentra vinculado por la denuncia efectuada por el Ministerio Público. Sin embargo, también ha reconocido el TC que una denuncia fiscal formulada de manera absolutamente arbitraria puede inducir peligrosamente al juez a un error; por lo que en algunos casos excepcionales el Colegiado Constitucional ha ingresado a examinar el fondo del asunto y declarar nula la denuncia formulada por el Ministerio Público⁽⁹⁴⁾. Esta restricción de orden

(94) Éste ha sido el caso, fundamentalmente, de la STC 6204-2006-PHC/TC, donde en los fundamentos jurídicos 5 y 6 el TC afirmó “Este criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional [la improcedencia del hábeas corpus contra actos del Ministerio Público], no obstante, debe ser aplicado considerando, permanentemente, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, atendiendo a la tutela del principio de supremacía jurídica de la Constitución y a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; además de las circunstancias objetivas que rodean la controversia a resolver. En tal sentido, si bien en el presente caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal del recurrente, el Tribunal Constitucional estima pertinente ingresar a resolver el fondo de la controversia planteada por dos razones esenciales. En primer lugar, en atención al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al

procesal en el acceso al proceso de hábeas corpus expresa, visto en sentido contrario, que el proceso habilitado para dicho control constitucional de la actividad fiscal es el proceso constitucional de amparo, aún cuando el TC no ha efectuado todavía un desarrollo amplio de una suerte de amparo fiscal.

En sucesivas sentencias el Tribunal Constitucional peruano ha seguido delimitando la actividad del Ministerio Público conforme a parámetros constitucionales. Así, en el caso *Chávez Sibina*⁽⁹⁵⁾ el TC señaló que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, las facultades reconocidas a los fiscales se rigen de conformidad con los principios de *autonomía* (mediante el cual se les reconoce el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustada a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, de conformidad con criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario) y *jerarquía* (según el cual, los fiscales pertenecen a un cuerpo jerárquicamente organizado, por lo que deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores; ello en la medida de que se pretenda dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales contenidas en el artículo 159 de la Constitución). Sin embargo, también se precisó que el mencionado principio de jerarquía no puede llevar a anular la autonomía del fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones, en razón que ello comportaría una omisión del mandato constitucional previsto en el artículo 159 inciso 4 de la Constitución, que dispone que corresponde al Ministerio Público “[c]onducir desde su inicio la investigación del delito (...)”; así como también de lo dispuesto en el propio artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que prescribe: “[l]os fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución”.

En la misma sentencia (fundamento N° 19) también se señaló que el Ministerio público se encuentra vinculado al derecho a la debida motivación de las resoluciones, reconocido en el artículo 139, inc. 5 de la Constitución, considerando que “[t]an arbitraria e irrazonable es una resolución judicial que adolece de falta de motivación, como aquella denuncia fiscal en la que no existen fundamentos

logro de los fines de los procesos constitucionales”, y del principio de economía procesal; en segundo lugar, por la relevancia jurídica de la pretensión propuesta por el demandante que está relacionada con el control constitucional de los actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional, a efectos de dilucidar la tutela o no del derecho que invoca el recurrente, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales”.

(95) STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 16-18.

objetivos y razonables –y sí, por el contrario, argumentos subjetivos e injustificados– para que se formule una denuncia penal contra una determinada persona”.

Otro importante desarrollo de la jurisprudencia del TC en materia de control de la actividad del Ministerio Público lo constituye lo relativo al plazo razonable de investigación fiscal. El TC en la sentencia recaída en el caso Gleiser Katz⁽⁹⁶⁾ afirmó que en la medida que legislativamente no se ha determinado un plazo aplicable a la etapa de investigación preliminar (al menos para los procesos no regulados por el Nuevo Código Procesal Penal), es posible –a fin de evaluar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal– hacer uso de los criterios ya reconocidos jurisprudencialmente para evaluar la razonabilidad del plazo de la detención, a saber: la actuación del fiscal, la actuación del investigado y la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

10. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

En el marco de la interpretación de la Constitución el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una posición que, a la postre, habría de ser convalidada por el actual C.P.Const. relacionadas a las resoluciones que expide el órgano de justicia electoral en el Perú y que le corresponde al JNE. Así, respecto a la interpretación de los artículos 142 y 181⁽⁹⁷⁾ el TC ha sostenido que tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de *corrección funcional* ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, al propio Tribunal Constitucional.

Sin embargo, cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, allí sí puede el TC ejercer el control constitucional de las resoluciones del JNE. Para ello, debe existir como presupuesto que dicha resolución se expida en contravención de los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de ca-

(96) STC N° 5228-2006-PHC/TC FJ N° 11-18.

(97) El artículo 142 de la Constitución prescribe: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. Por su parte, el artículo 181 prescribe: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

rácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución que dispone que el proceso de amparo “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución”. En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda caber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE.

Por principio debe aclararse que el TC no se está arrogando competencias electorales, pues estos ámbitos competenciales son competencia exclusiva y excluyente del propio JNE, como marco de su garantía institucional; sin embargo, el Tribunal, analogando el control constitucional que ejerce sobre un juez penal o civil que contraviene los derechos fundamentales, ha establecido que tiene competencia para nulificar los actos de este organismo de justicia electoral si es que éste hubiere violado el orden jurídico constitucional. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a impartir justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental, para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que imparten justicia electoral. Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional)⁽⁹⁸⁾.

Igualmente el propio Tribunal establece la compatibilización de las resoluciones del JNE que, al ser excepcionalmente objeto de control por el propio Tribunal Constitucional, tiene encaje de armonización con la seguridad jurídica. En efecto, sostiene el TC que “la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no sólo emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del C.P.Const....”⁽⁹⁹⁾.

En efecto, el Colegiado Constitucional sostiene que si bien “la seguridad jurídica –que ha sido reconocida por el propio Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución–, es pilar fundamental de todo proceso

⁽⁹⁸⁾ STC 5854-2005-PA, FJ 20.

⁽⁹⁹⁾ STC 5854-2005-PA, FJ 20. En efecto, el artículo 5, inciso 8 del C.P.Const. prescribe: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”.

electoral”⁽¹⁰⁰⁾ y, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176 de la Constitución); “no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica)”⁽¹⁰¹⁾.

Así, el TC se ha visto obligado a precisar tres grandes aspectos que vinculan y relacionan al sistema electoral en su conjunto. Veamos:

- a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201 de la Constitución y artículo 1 de la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.).
- b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC –artículos 178, 182 y 183 de la Constitución–), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1 del C.P.Const. Aquí en rigor se trataría de eventuales *procesos de amparo electorales* que no tendrían los efectos de una naturaleza restitutoria puesto que ya se ha convertido en irreparable; empero, ello no impide que se establezca fundada la demanda de amparo como una modalidad de lo que constituye la tipología del *amparo innovativo*.
- c) Igualmente el Tribunal Constitucional estima que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar

(100) STC 5854-2005-PA, FJ 37 in fine, 38 y 39.

(101) STC 5854-2005-PA, FJ 37 in fine, 38 y 39.

a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”, el TC ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”⁽¹⁰²⁾.

Por otro lado, efectuando un recuento de nuestro constitucionalismo histórico bien podemos apreciar que nuestro sistema de justicia electoral ha pasado por una serie de etapas. Así, en la génesis de nuestra república hasta 1855, una etapa de “consolidación del régimen electoral” (de 1855 hasta 1931), un estadio de la “autonomía electoral” (de 1931 a 1962), el estadio de las “garantías del sufragio ciudadano” (de 1962 a 1979), el estadio de la “ampliación del proceso de participación en el sufragio” (de 1979 a 1993); y luego viene la actual etapa que ha sido calificada como “el periodo del debilitamiento institucional de la organización electoral” y que tendría, a criterio de un prominente funcionario del JNE, dos etapas: la primera del “debilitamiento estructural o del diseño organizacional”, representada por la división del organismo electoral en una estructura tripartita: la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y el propio Jurado Nacional de Elecciones; y la segunda “del debilitamiento de la justicia electoral”, caracterizada por un debilitamiento de la jurisdicción en materia electoral, merced a la intervención activa del Tribunal Constitucional en el control de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones⁽¹⁰³⁾.

(102) (STC 5854-2005-PA, FJ 37 *in fine*, 38 y 39).

(103) Vid. estas etapas y la crítica al TC en Falconí Gálvez, Juan: “El por qué de la necesidad de algunas reformas constitucionales en el capítulo XIII (del sistema electoral, de nuestra Constitución). Propuesta a contracorriente, a partir de las experiencias sufridas en la última década”, en *Limitación del poder y estructura del Estado. Estudios sobre la parte orgánica de la Constitución*, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Gustavo Gutiérrez Ticse (Directores), Grijley, Lima, 2008, pp. 237-245. A dicha crítica habría que contraponer, sólo a manera de precisión que se ajuste más a la verdad, que del universo de procesos interpuestos contra el JNE que suman un total de 34 casos, sólo 3 han sido declarados fundados por el TC, mientras que 25 han sido resueltos como improcedentes y 6 como infundados. Las resoluciones de improcedencia son: 0145-2008-AA Resol., 00252-2004-AA Resol., 01894-2006-AA Resol., 01936-2007-AA Resol., 02119-2002-AA Resol., 02346-2002-AA Resol., 02366-2003-AA, 02510-2007-AA Resol., 02730-2006-AA Nulidad, 02746-2006-AA Resol., 03197-2006-AA Resol., 03276-2007-AA Resol., 03283-2007-AA Nulidad 2, 03285-2006-AA Resol., 03317-2006-AA Resol., 03593-2006-AA, 03981-2004-AA Resol., 04543-2004-AA Resol., 04773-2005-AA Resol., 04840-2004-

En conclusión, desde la óptica de los críticos al control constitucional efectuado por el TC en materia electoral, la etapa actual representaría frente al desarrollo histórico de la justicia electoral en el Perú (que habría afirmado una autonomía del JNE) un retroceso o un paso atrás en su consolidación. La intervención del Colegiado Constitucional es valorada, en este sentido, como negativa o perjudicial para la consolidación de nuestro sistema electoral. Sin embargo, bien cabe señalar que todo sistema electoral presupone entre otros fines la gobernabilidad, la representatividad y la legitimidad que subyace en los sistemas políticos occidentales; y en este esfuerzo la judicialización excepcional de las resoluciones de los tribunales, cortes o jurados electorales como el nuestro, no empañan su cometido ni afectan la garantía institucional de sus resoluciones; puesto que al intervenir un tribunal constitucional lo hace para legitimizar dichas resoluciones cuando éstas acusan graves afectaciones a los derechos fundamentales o al contenido esencial de los principios y valores que entraña la Constitución⁽¹⁰⁴⁾.

11. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

En el ordenamiento jurídico peruano existe un órgano constitucional denominado Consejo Nacional de la Magistratura, que a tenor del artículo 150 de la Constitución, se encarga de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales. Por lo que ahora interesa, y como se verá a continuación, cuenta, además, con las atribuciones de ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años (artículo 154.2) y, aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias (artículo 154.3).

Existen, por otro lado, dos cláusulas constitucionales, los artículos 142 y 154.3, que disponen que no son revisables en sede judicial, esto es, son inimpugnables, las resoluciones que el referido órgano constitucional emita en materia de ratificación de magistrados –que, por cierto, no es otra cosa que un proceso de evaluación que se realiza cada siete años– y las que expida a propósito de un procedimiento sancionador.

AA, 05180-2007-AA Resol., 06211-2007-AA Resol., 06649-2006-AA Resol., 06901-2006-AA Resol., 00033-1995-AA; las resoluciones que han declarado infundada la demanda son: 00902-1996-AA, 01061-1999-AA, 02668-2004-AA Resol., 05396-2005-AA, 06377-2007-AA Resol., 06620-2006-AA Resol.; y las resoluciones estimativas son: 02730-2006-AA, 01078-2007-AA y 03283-2007-AA.

⁽¹⁰⁴⁾ Vid. un enfoque más amplio en Castillo Córdova, Luis: *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008, pp. 295 y ss.

En el Perú, no han sido pocas las demandas de amparo que ha tenido que resolver el Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁵⁾, en las que el Consejo Nacional de la Magistratura ha sido parte demandada. Así, una primera cuestión a revisar fue la referida a los alcances del artículo 142 de la Constitución, que dispone que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados no son revisables en sede judicial.

Un sentido similar contiene el artículo 154.3 de la Constitución, que prescribe que la resolución de destitución expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura en forma motivada y con previa audiencia del interesado es inimpugnable. Como puede apreciarse, en uno u otro caso el efecto es el mismo: no pueden someterse a revisión, o lo que es lo mismo, no pueden ser impugnadas en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación o destitución de magistrados, aunque en éste último supuesto hay dos presupuestos bien precisos que revisaremos con posterioridad.

En razón a ello surgía la interrogante, ¿cómo dilucidar la controversia, aún si por mandato expreso de determinadas disposiciones constitucionales –artículos 142 y 154.3– estaba vedado revisar, en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y destitución de magistrados? En el caso, había una aparente contradicción entre dichas disposiciones y el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al

(105) En total hasta la fecha han ingresado 343 demandas dirigidas contra el Consejo Nacional de la Magistratura, impugnando tanto decisiones tomadas en ejercicio de su función de ratificación de magistrados como en su función disciplinaria de destitución de jueces y fiscales. De éstas 90 han sido declaradas estimativas, mientras que 199 han sido desestimadas, 50 como improcedentes, 137 como infundadas y 12 rechazadas por otro objeto; quedando aún 54 casos pendientes de resolución. Al respecto, las sentencias declaradas estimativas son las siguientes: 00027-2003-AA, 00040-2003-AA, 00041-2003-AA, 00042-2003-AA, 00049-2003-AA, 00068-2003-AA, 00069-2003-AA, 00107-2003-AA, 00133-2003-AA, 00177-2003-AA, 00199-2007-AA, 00205-2003-AA, 00208-2003-AA, 00216-2003-AA, 00242-2003-AA, 00290-2003-AA, 00321-2006-AA, 00447-2003-AA, 00526-2003-AA, 00578-2005-AA, 00627-2003-AA, 00664-2003-AA, 00736-2003-AA, 00851-2003-AA, 00908-2003-AA, 01057-2003-AA, 01060-2003-AA, 01079-2003-AA, 01112-2005-AA, 01274-2002-AA, 01333-2006-AA, 01411-2004-AA, 01458-2007-AA, 01848-2002-AA, 01904-2002-AA, 01931-2003-AA, 02136-2002-AA, 02284-2002-AA, 02591-2002-AA, 02612-2002-AA, 02614-2002-AA, 02682-2003-AA, 02735-2002-AA, 02808-2002-AA, 02839-2002-AA, 02852-2003-AA, 02858-2002-AA, 02859-2002-AA, 02860-2002-AA, 02871-2002-AA, 02878-2002-AA, 02892-2002-AA, 02895-2002-AA, 02902-2003-AA, 02948-2002-AA, 02963-2002-AA, 02968-2003-AA, 02989-2002-AA, 04180-2004-AA, 04596-2006-AA, 04602-2006-AA, 04679-2004-AA, 05033-2006-AA, 06105-2005-AA, 06375-2006-AA, 06957-2005-AA.

debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva previsto por el artículo 139.3 de la Constitución⁽¹⁰⁶⁾.

Al Tribunal Constitucional le corresponde, en su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al sistema constitucional, la supremacía constitucional y la plena e irrestricta vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido, la situación planteada exigía dejar de lado los métodos clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico)⁽¹⁰⁷⁾ y, por el contrario, abarcar otros principios que informen la labor hermenéutica del juez constitucional, esto es, los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Así, en el *Caso Luis Felipe Almenara Bryson vs Consejo Nacional de la Magistratura* en el cual las instancias judiciales previas desestimaron la demanda en virtud de una aplicación literal del numeral 142° de la Constitución, el Tribunal estableció que al resolverse de ese modo, se había obviado que también constituye un atributo subjetivo de naturaleza constitucional el derecho de acceder a un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley, según enuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y que detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio. (STC 1949-2002-AA/TC, FJ 2 a 6).

⁽¹⁰⁷⁾ Linares Quintana, Segundo V.: *Tratado de la interpretación constitucional. Homenaje de Karl Loewenstein* (Con la colaboración de Antonio Castagno), 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, Vol. I, p. 163 y ss.

⁽¹⁰⁸⁾ La interpretación de la Norma Fundamental –ha dicho el TC– debe efectuarse apelando a determinados principios constitucionales. En primer lugar, al *principio de unidad de la Constitución*, según el cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. En segundo lugar, al *principio de concordancia práctica*, conforme al cual la aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica”, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dig-

Una lectura aislada del artículo 142, como del numeral 154.3 de la Constitución conducía, inevitablemente, a resultados inconsecuentes con el principio de unidad de la Constitución. ¿Era correcto sostener, entonces, que una resolución del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados, aún cuando pudiera haber sido expedida con afectación de los derechos fundamentales de la persona, no podía ser sometida a control en sede jurisdiccional? Indudablemente que no, toda vez que lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconocía la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, como el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, que como todo organismo, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales.

Por otro lado, una interpretación aislada del artículo 142, como del numeral 154.3, despojaba a los derechos fundamentales de toda garantía jurisdiccional de protección, y resultaba contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y al de corrección funcional, pues no sólo se desconocía el carácter vinculante de la Constitución, sino también la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional por mandato del artículo 201 de la Norma Fundamental. A ello cabe agregar que dicha interpretación confundía la autonomía que ha sido constitucionalmente reconocida al Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150° de la Constitución) con autarquía, pues se pretendía, so pretexto de ello, que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional, aún cuando sean contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁽¹⁰⁹⁾.

nidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución). En tercer lugar, al *principio de corrección funcional*, el cual exige al Tribunal Constitucional, como a cualquier juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúen las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. En cuarto lugar, al *principio de función integradora*, de acuerdo con el cual el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad. Y, finalmente, apelando al *principio de fuerza normativa* de la Constitución, que está orientado a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante para todos los poderes públicos y privados *in toto* y no sólo parcialmente. (STC 5854-2005-AA, FJ 12).

⁽¹⁰⁹⁾ Así, en el *Caso Diodoro Antonio Gonzáles Ríos vs Consejo Nacional de la Magistratura*, el TC sostuvo que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional deben desprenderse de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma; y que cuando el artículo 142.° de la Constitución establece que no son

A mayor abundamiento, cuando el Consejo Nacional de la Magistratura ejerce sus funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, esto es, cuando expide resoluciones, en el marco de los procesos de ratificación y/o destitución de magistrados, violatorias de los derechos fundamentales, resulta de aplicación inmediata el artículo 200.2 de la Constitución, que establece que los procesos constitucionales proceden contra *cualquier* funcionario, autoridad o persona que vulneren los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Consecuentemente, visto desde esta óptica, tampoco existía justificación constitucional alguna para que el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentre relevado de dicho control.

Por otro lado, la interpretación de los artículos 142 y 154.3 de la Constitución debía realizarse, teniendo en cuenta, también, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25), que disponen que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, efectivo y rápido ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley. Y es que, conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir, que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable al interior del Estado. Por otro lado, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución deben ser interpretados de

revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro Texto Fundamental. (STC 2409-2002-AA/TC, FJ 2).

conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En atención a estos argumentos, esto es, a una lectura sistemática de la Constitución, a una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona, así como a una obligatoria consideración de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, quedó claro para el TC que no existe justificación alguna para que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados no puedan ser sometidas al control constitucional cuando no respeten los derechos fundamentales de la persona. No puede pues alegarse ningún tipo de zona invulnerable al control de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos, toda vez que la limitación que señala el artículo 142 de la Constitución, como la prevista por el numeral 154.3, no pueden entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho se pueden rebasar los límites que impone la Constitución, como que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda impedirlo.

De otro lado, cuando el artículo 5.º del Código Procesal Constitucional prescribe que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado, no ha hecho más que compatibilizar dicho artículo con la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional del artículo 142º de la Constitución.

De ahí que el Tribunal Constitucional entendió⁽¹¹⁰⁾ que ello es así siempre que se cumplan irrestrictamente ambos presupuestos: motivación y audiencia previa del interesado; de lo contrario, podrá asumir competencia para determinar la legitimidad constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. Siendo ello así, debe quedar claramente establecido que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura que eventualmente puedan resultar violatorias de los derechos fundamentales de las personas.

(110) *Cfr.*: STC N.º 3361-2004-AA/TC, Fundamento N.º 2.

12. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La adecuación de la justicia militar a los postulados de la Constitución ha sido y es en la actualidad uno de los ámbitos que ha merecido un significativo número de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. Tales pronunciamientos constituyen una evidencia de la progresiva materialización del control constitucional en uno de los “fueros” en el que se ha verificado de modo considerable intervenciones en los derechos fundamentales de los efectivos militares y policiales. Ciertamente, tal control se ha visto ensombrecido, en cierto modo, por la renuencia del Poder Legislativo a elaborar una legislación compatible con la Norma Fundamental, situación que, como veremos más adelante, no ha disminuido la vocación de control del Tribunal Constitucional en tanto guardián de la Constitución.

La jurisdicción militar fue establecida por la Constitución de 1993 en el artículo 139 inciso 1⁽¹¹¹⁾. Anteriormente hizo lo propio la Constitución de 1979 que la reconoció en el artículo 233. Precisamente teniendo en cuenta esta última, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, dos días antes de que asuma la presidencia el gobierno democrático de don Fernando Belaunde Terry, dictó el Decreto Ley N.º 23201, publicada el 26 de julio de 1980, que “actualizó y adecuó a la nueva Constitución la Ley Orgánica de la Justicia Militar”. El cuestionamiento de este Decreto Ley en sede constitucional marca el inicio de una serie de decisiones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalización de la justicia militar⁽¹¹²⁾.

En general, podemos afirmar que son seis los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que dada su relevancia e incidencia en el ámbito de la jurisdicción militar es necesario desarrollar aunque de modo breve.

El primero, se encuentra contenido en la STC 00017-2003-AI/TC, mediante el cual la Defensoría del Pueblo cuestionó la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, que regulaba el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción. En esta sentencia, el TC estableció que la jurisdicción militar constituye una “jurisdicción especializada”, precisando los límites constitucionales de la actuación funcional de la jurisdicción militar, estableciendo para dicho efecto las características básicas de los *delitos de función militar*,

(111) Vid. Eto Cruz, Gerardo: *La justicia militar en el Perú*, Edit. Nuevo Norte-Universidad Nacional de Trujillo-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Trujillo, 2000, pp. 175 y ss.

(112) Lovatón Palacios, David: *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*, Palestra - PUCP, Lima, 2007, pp. 77 y ss.

motivo único por el cual una persona podía ser sometida a dicha jurisdicción especializada. Entre estas características se encontraban: i) que se trate de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encarga; ii) que el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad; y iii) que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, éste lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

El segundo caso de control constitucional sobre la actividad jurisdiccional de las Fuerzas Armadas, se encuentra contenido en la STC 00023-2003-AI/TC, mediante el cual la Defensoría del Pueblo cuestionó la constitucionalidad del mencionado Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar. En dicha sentencia, el TC declaró inconstitucionales las disposiciones que establecían: 1) *El nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo*, pues el Presidente de la República, en tanto Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, no puede ser el responsable directo o indirecto del nombramiento de los jueces militares. Así, en el fundamento 58 sostuvo que “La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad”. En este punto el TC se basó además en una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú estableció que “(...) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. (...). Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares” (párrafo N.º 130); 2) *La movilidad de los jueces militares*, considerando que si bien los jueces militares pueden desplazarse “excepcionalmente” conforme a las necesidades del servicio, por ejemplo, en estados de emergencia, no es admisible que una norma permita que “todos” los juzgados puedan ser susceptibles de traslado más aún si se tiene en cuenta que normalmente nos encontramos en “tiempos de paz” y no en “tiempos de guerra (fundamentos 61 y ss); 3) *La relación existente entre los órganos de la jurisdicción militar*, considerando que un tribunal inferior no se encuentra subordinado a un tribunal superior (o supremo), pues ambos tribunales gozan de la garantía de independencia, por lo que el tribunal superior (o supremo) no puede revisar “de oficio” cualquier causa, sino sólo cuando se haya interpuesto un medio impugnatorio o se haya previsto la elevación en consulta (fundamentos 47 y ss.); 4) *La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*, considerando

que el hecho de que juzgados u órganos colegiados militares sean integrados por “oficiales en actividad” vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, pues, por un lado, los jueces militares son *a la vez* funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque es incompatible que personas sujetas a los principios de obediencia y subordinación, como los “oficiales en actividad” que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (fundamentos 39 y ss.); 5) *El ejercicio de la defensa técnica por un oficial que no tiene la profesión de abogado*, pues la defensa técnica sólo puede ser ejercida por un profesional del Derecho y no por un oficial sin formación jurídica; y 6) *La existencia del Ministerio Público de la Justicia Militar*, pues no existe en la Constitución ninguna norma que habilite al legislador a crear un Ministerio Público de la Justicia Militar. Conforme a la Constitución sólo hay un Ministerio Público y a él pertenecen todos los fiscales de la República, así como las funciones de ejercer cualquier acción penal –sea penal ordinaria o penal militar–, entre otros. Cabe precisar que con el fin de evitar que se paralice la justicia militar, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de 1 año (que vencía el 7 de enero de 2006) para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución

El tercero, se encuentra contenido en la STC 00004-2006-PI/TC, mediante el cual la Fiscal de la Nación cuestionó parte de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Esta ley, que derogó el aludido Decreto Ley N.º 23201, fue objeto de declaración de inconstitucionalidad en las disposiciones que establecían: 1) *El nombramiento de jueces militares por una Comisión Mixta compuesta por representantes de la Justicia Militar y del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)* (fundamentos 164 y ss); 2) *La movilidad de “todos” los jueces militares*, por los mismos fundamentos que en el caso anterior; 3) *La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*; por los mismos fundamentos que en el caso anterior y además basándose en otra sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* expresamente sostiene que un juez militar no puede ser a la vez militar en servicio activo. En tal sentencia la Corte “estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no dependa de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible

para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”; 4) *La existencia del Ministerio Público de la Justicia Militar dentro del propio Ministerio Público*, no como una especialidad de los fiscales, sino con total autonomía (Fundamentos 95 y ss); y 5) *Que solo pueden ser jueces los efectivos militar es o policiales en actividad que pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar o Policial*, considerando que tal disposición, sometida al test de igualdad, es inconstitucional pues afecta el derecho fundamental a la igualdad de acceso a los cargos públicos de aquellos oficiales *en retiro* o de abogados especializados en materia penal militar –que por ejemplo posean alta especialización de post grado en esta especialidad. Cabe destacar que, nuevamente, con el fin de evitar que se paralice la justicia militar, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de 6 meses (que vencía el 21 de octubre de 2006) para que en ese tiempo el congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El cuarto, se encuentra contenido en la STC 00006-2006-PI/TC, mediante el cual el Colegio de Abogados de Lima, cuestionó otros extremos de la mencionada Ley N.º 28665. El TC declaró inconstitucionales las disposiciones que establecían: 1) *La equiparación de las remuneraciones, derechos, beneficios y obligaciones de los efectivos militares (administración militar) a los jueces militar es (jurisdicción militar)*; y 2) *La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*, considerando los mismos fundamentos contenidos en las anteriores sentencias y además basándose en otra decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Durand y Ugarte) en la que el Estado peruano fue sancionado por violar, entre otros, el artículo 8.1 sobre garantías judiciales. Tal sentencia establece lo siguiente: (...) Por lo que respecta a la afirmación sobre la parcialidad y dependencia de la justicia militar, es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar que actuaron en el proceso (...) carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a los responsables por los mismos. Como ha quedado establecido (...) los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, *estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial*. [énfasis agregado] Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado [peruano] violó (...) los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (...). En este caso, complementando lo dispuesto en la STC 0004-2006-PI/TC se estableció una *vacatio sententiae* que indefectiblemente vencía el 31 de diciembre de 2006, para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El quinto pronunciamiento se encuentra contenido en la STC 00005-2007-PI/TC, mediante el cual el Colegio de Abogados de Lambayeque cuestionó la Ley N.º 28934, que ante la inminencia del vencimiento de la *vacatio sententiae* dictada por el TC, sorprendentemente amplió indefinidamente la vigencia de la normatividad “inconstitucional” que regulaba la justicia militar policial. En tal sentencia el TC confirmó su doctrina respecto del control constitucional de normas derogadas que aún surten efectos y además desarrolló temas como el de la compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático, la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo, y la autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional, declarando inconstitucional el artículo 1º de la Ley N.º 28934, por vulnerar el principio de separación de poderes, la fuerza normativa de la Constitución, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, así como la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional.

Finalmente, el sexto pronunciamiento se produce ante la renuencia del Poder Legislativo para expedir un sistema de justicia militar compatible con la Constitución, y se encuentra contenido en la STC 01605-2006-PHC/TC, publicada con fecha 30 de junio de 2008, mediante la cual, aplicando el control difuso, declaró inconstitucional e inaplicable al caso concreto la Ley N.º 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (que derogó la mencionada Ley N.º 28665), considerando que esta ley “no sólo vulnera la autoridad de cosa juzgada establecida en el artículo 139º inciso 2) de la Constitución, en lo que se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional, constituyendo un abierto desacato a tales pronunciamientos, sino que supone, además, una situación de *rebeldía legislativa*, dado que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías” (fundamento 7).

Todos los pronunciamientos mencionados no hacen sino confirmar una vocación permanente del Tribunal Constitucional por efectivizar los principios y derechos constitucionales en el ámbito de la justicia militar, un ámbito en el que ante la inobservancia de los fallos del Tribunal Constitucional y también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Legislativo, se ha optado por la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes, en tanto no exista pronunciamiento en un proceso de inconstitucionalidad. La

observancia de las decisiones del Tribunal Constitucional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o de la Justicia Militar, no implica en modo alguno la existencia de niveles de subordinación de éstos respecto de aquellos, sino antes bien la vigencia de la institucionalidad y la efectiva realización de las garantías judiciales contenidas en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las que han confiado en tales órganos jurisdiccionales la interpretación y la defensa última de los derechos básicos de naturaleza procesal.

Lima, 04 de octubre de 2008.

Día de San Francisco de Asís.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (*)
(España)

SUMARIO: 1. La razón de ser y el «iter» de la reforma de la LOTC. 2. Las modificaciones del régimen jurídico-procesal del amparo: A) La objetivación del recurso de amparo B) La inversión del trámite de admisión C) La inadmisión del recurso.

1. LA RAZÓN DE SER Y EL «ITER» DE LA REFORMA DE LA LOTC

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha venido a modificar por sexta vez⁽¹⁾ la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC). Las razones desencadenantes de esta nueva reforma son bien conocidas: el crecimiento desbocado del número de recursos de amparo⁽²⁾ ha tras-

(*) Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

(1) Las cinco anteriores reformas lo fueron por las Leyes Orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril, y 1/2000, de 7 de enero.

(2) Los datos numéricos hablan por sí solos: en 1980 se formalizaron ante el Tribunal 218 recursos de amparo; tan sólo una década más tarde, ese número se había multiplicado por trece, alcanzando los 2896 recursos, y un decenio después, en el año 2000, esa última cifra, pese a lo elevada que era, se había duplicado con creces, hasta llegar a los 6762 recursos de amparo. Transcurridos cinco años (en 2005), los amparos presentados se aproximan a los diez mil (9476 en total), y sólo en el primer trimestre del año 2006 se habían recibido en el Tribunal 3700 recursos, muchos de ellos relacionados con los problemas de la inmigración, por lo que hay que pensar que esta tendencia a un brutal crecimiento no hará sino aumentar.

tocado gravemente el funcionamiento interno del Tribunal, hasta el extremo de que, como se reconoce en el punto II de la Exposición de Motivos del texto legal, los recursos de amparo ocupan casi todo el tiempo y los medios personales y materiales del Tribunal. Innecesario es decir, que esta hipertrofia del recurso genera indeseables efectos no sólo sobre la resolución de los amparos que llegan al que, en ocasiones, ha sido tildado de «Tribunal de los derechos fundamentales», resueltos hasta con cinco años de retraso, con lo que ello entraña de falta de denegación de justicia, pues, como bien sostiene González Pérez⁽³⁾, una justicia tardíamente administrada no es justicia, sino también sobre el normal ejercicio por el Tribunal de sus restantes competencias, lo que resulta particularmente pernicioso para el control normativo. La salvaguarda de la primacía normativa de la Ley Fundamental y, entre otros, el principio de seguridad jurídica, se ven gravemente afectados por el retraso de cinco, seis, siete y, a veces, más años con que el garante de la Constitución resuelve los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. La interpretación constitucional, se ha dicho con toda razón⁽⁴⁾, se convierte entonces en Historia del Derecho y el debate procesal entre los sujetos queda inexorablemente envejecido, descolgado del tiempo y de las circunstancias sobrevenidas en el momento del enjuiciamiento. Y algo análogo podría sostenerse del impacto que el fenómeno descrito presenta sobre la tardía resolución de los conflictos de competencias que enfrentan al Estado y a las Comunidades Autónomas o a éstas entre sí, al margen ya del pernicioso efecto de parálisis de la actuación administrativa que tal retraso encadena.

La plena comprensión de la situación generada por la imparable inflación de los recursos de amparo exige a atender a otro dato: el extraordinariamente elevado porcentaje de recursos de amparo que resultan inadmitidos (más del 97 por 100), inadmisión que, masivamente, se produce mediante providencia, al amparo de las nuevas previsiones establecidas por el art. 50 LOTC tras la reforma de 1988. Dicho de otro modo, el porcentaje de demandas en que se otorga el amparo reclamado es ínfimo (inferior al 3 por 100), lo que revela de modo palmario que la hiperlitigiosidad del amparo constitucional no responde a una violación real de derechos, sino a un desmedido y manifiesto abuso de este instrumento procesal, nunca concebido como una vía ordinaria de reparación de las violaciones de derechos fundamentales, como el tenor del art. 53.2 de nuestra Constitución (en ade-

(3) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: «La reforma del Tribunal Constitucional», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LVIII, n.º 83 (curso académico 2005-2006), Madrid, 2006, pp. 335 y ss.; en concreto, p. 341.

(4) Javier GARCÍA ROCA: «La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional». Texto mecanografiado que nos ha proporcionado su autor, p. 34.

lante CE) deja bastante claro, pues la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas puede ser recabada por los ciudadanos (por utilizar los términos no excesivamente afortunados del propio art. 53.2 CE) «ante los Tribunales ordinarios» y, «en su caso», a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No vamos a entrar en la habitual polémica interpretativa acerca del significado de la dicción «en su caso». Nos limitaremos a decir que, como admite buena parte de la doctrina, no puede hablarse de un indiscriminado derecho de acceso a la jurisdicción constitucional de amparo. El derecho a la tutela judicial efectiva de los propios derechos e intereses legítimos se reconoce respecto de los jueces y tribunales, esto es, en relación a los órganos integrantes del Poder Judicial o, si se prefiere, de la jurisdicción ordinaria, pero no respecto del Tribunal Constitucional, que es único en su orden y queda al margen de la jurisdicción ordinaria. Quiere ello decir, que no resulta conculcado ningún derecho cuando a un recurrente le es inadmitido su recurso de amparo por alguna de las causas legalmente predeterminadas, y que éstas pueden ser más o menos amplias en función de la opción decisoria que en cada momento siga el legislador, que no dispone, a nuestro juicio, de límites en su capacidad configuradora de tales causas, pudiendo llegar a establecer, si así lo entendiera oportuno, un verdadero writ of certiorari.

Somos conscientes, desde luego, de que quizá haya arraigado una cierta conciencia social en torno a la existencia de un derecho a la jurisdicción constitucional de amparo, que presupondría una vinculación inescindible entre la supuesta violación de un derecho fundamental del que se es titular y la legitimación no sólo para accionar constitucionalmente en vía de amparo, sino también para obtener una respuesta sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal Constitucional una vez cumplidos los requisitos procesales de la demanda. En el fondo de todo ello, innecesario es decirlo, late una concepción subjetiva del instrumento procesal que nos ocupa, que el propio Tribunal, durante bastantes años, se ha encargado de asentar y potenciar. Pero que ello haya sido así durante años no significa que deba serlo siempre, esto es, que esa maximización del interés subjetivo haya de prevalecer irreversiblemente sobre la opción opuesta, de objetivación del amparo en atención al interés general, pues ningún sustento constitucional tiene esa visión esencialmente subjetiva del amparo. La progresiva parálisis del Tribunal y la inflación sin límite del número de amparos, de resultados de la utilización abusiva del recurso, son razones de suficiente entidad como para que el legislador haya buscado, con base en una visión objetiva del recurso de amparo, alterar el mecanismo de admisión y flexibilizar aún más de lo que ya hizo en 1988 el trámite de admisión.

La preocupación ante la problemática anudada a esta hiperplasia del amparo, como acaba de recordarse, está lejos de ser nueva. El fracaso del fin pretendido –agilizar el trámite procesal de inadmisión en este tipo de recursos– por la reforma del art. 50 LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, era

constatado pocos años después. En el Coloquio internacional celebrado en Madrid en octubre de 1994 sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con ocasión de los quince años de ésta, el problema era planteado con toda claridad. Los datos numéricos hablaban por sí solos⁽⁵⁾ y, al abordar la problemática subyacente al recurso de amparo, Rubio Llorente aducía⁽⁶⁾ que ni el Tribunal Constitucional español, ni ningún otro Tribunal Constitucional, ni, más ampliamente, ningún Tribunal Supremo puede funcionar si no dispone de un medio que le permita decretar la inadmisión de las demandas, no sólo por defectos de forma, sino también por motivos de fondo. La gran cuestión no es sino la relativa a la inadmisión por motivos de fondo y a la libertad del Tribunal para acordarla; dicho con más precisión: la de si para resolver sobre la inadmisión el Tribunal ha de atender sólo a la existencia o inexistencia (aparentes) de una violación de los derechos protegidos, o puede tomar también en consideración otras circunstancias tales como la gravedad real de los daños originados por la violación o la mayor o menor generalidad (o frecuencia) de ese género de violaciones. La conclusión de las precedentes reflexiones venía a entrañar una inequívoca demanda de reforma de la LOTC: sólo mediante esa facultad de seleccionar los asuntos de los que ha de ocuparse podrá el Tribunal llevar a cabo con esperanzas de éxito la función, que sólo él está en condiciones de desempeñar, de hacer compatible la supremacía de la Constitución con el imperio de la ley⁽⁷⁾.

A la vista de todo lo expuesto, no ha de extrañar que en la última década del pasado siglo se sucedieran en el propio Tribunal diversas iniciativas más o menos informales encaminadas a articular posibles vías de solución del problema. Así, bajo la presidencia de Rodríguez Bereijo (1995-1998), se creó en el seno del Tribunal una comisión que redactó un «Borrador de reforma de la LOTC» en mayo de 1998⁽⁸⁾.

(5) Basta con extraer de los cuadros estadísticos manejados en este Coloquio el siguiente dato comparativo: de los 29.814 asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional desde el 15 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1994, 28.106 (esto es, más del 94 por 100 del total de asuntos) eran recursos de amparo. Cfr. al respecto, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros: *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional/CEC, Madrid, 1995. Apéndice estadístico sobre la actividad del Tribunal Constitucional, en pp. 293 y ss.

(6) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo constitucional», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros, *La Jurisdicción Constitucional en España...*, op. cit., pp. 125 y ss.; en concreto, pp. 170-171.

(7) *Ibidem*, pp. 172-173.

(8) Puede verse en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º semestre 1999, pp. 415 y ss.

Ya en el nivel de las formaciones políticas, el PP y el PSOE, en el «Pacto para la reforma de la justicia», suscrito el año 2001, acordaban llevar a cabo la reforma de la LOTC, lo que no se concretaba finalmente en la Legislatura 2000-2004 (VII Legislatura).

La increíble Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004, de la que nos hemos hecho eco detenidamente en otra lugar⁽⁹⁾, supuso un fuerte aldabonazo sobre las fuerzas políticas y sobre el propio mundo jurídico ante el tosco, brutal e inconstitucional atentado llevado a cabo contra la posición institucional del Tribunal Constitucional y, como es obvio, contra la independencia y estatuto jurídico de sus miembros. La sentencia en cuestión vino a suponer la chispa que desencadenó, al fin, el proceso conducente a una reforma de la Ley Orgánica reguladora del más alto Tribunal. Así las cosas, el Ministerio de Justicia elaboraba un Anteproyecto (agosto de 2005), objeto de un crítico Informe del Consejo General del Poder Judicial (octubre de 2005), que, con algunas modificaciones, fue finalmente aprobado como Proyecto de ley orgánica por el Consejo de Ministros del día 11 de noviembre de 2005, siendo presentado en el Congreso de los Diputados el día 18 de ese mismo mes, calificado el día 22 y finalmente publicado el 25 de noviembre⁽¹⁰⁾.

2. LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DEL AMPARO

Ya hemos tenido oportunidad de señalar que es el recurso de amparo constitucional el instrumento procesal más afectado por la reforma. Diez de los diecisiete artículos⁽¹¹⁾ que integran el título III del texto legal («Del recurso de amparo constitucional») van a ser modificados, y al margen ya de este dato puramente cuantitativo, el recurso va a ser objeto de un cambio de perspectiva de enorme relevancia, con arreglo al cual el elemento objetivo va a pasar a dominar por encima de la antigua visión subjetiva con la que el recurso de amparo vino siendo concebido desde los primeros años de vida del Tribunal. «Las reformas que se abordan –puede leerse en el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley

(9) Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2004», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 129, julio/septiembre 2005, pp. 193 y ss.

(10) Puede verse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante BOCG), Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 60-1, 25 de noviembre de 2005, pp. 1-11.

(11) No contabilizamos obviamente el art. 45 del texto inicial de la LOTC, derogado por la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia.

Orgánica 6/2007– van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución».

La nueva configuración de que habla la Exposición de Motivos se pretende conseguir a través de los siguientes rasgos nucleares: 1) La objetivación del recurso de amparo. 2) La inversión del trámite de admisión. 3) La formalización de la inadmisión. 4) La habilitación a las Secciones para la resolución del recurso. Y 5) La reforma del trámite de la cuestión interna de inconstitucionalidad. A estos cinco aspectos centrales de la reforma del régimen jurídico-procesal del amparo hay que añadir algunas otras modificaciones que también procederemos a examinar. Nos detendremos, sucesivamente, en cada una de las cuestiones mencionadas.

A) La objetivación del recurso de amparo

I. La desnaturalización del recurso de amparo constitucional en nuestro país ha sido la resultante de la visión de este instituto procesal como un instrumento adicional a sumar a los diferentes instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales, es decir, lejos de visualizarse como un mecanismo extraordinario de protección al que sólo se puede acudir en casos muy específicos, de auténtica y grave lesión de bienes constitucionales, se ha concebido como una instancia más, la última en el plano interno, en el procedimiento de tutela de los derechos. Toda persona que entienda que sus derechos fundamentales o libertades públicas han sido, supuestamente, objeto de violación se considera legitimada para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional y para lograr de éste un pronunciamiento sobre el fondo de su asunto. De este uso indiscriminado del amparo a su abuso media un paso. El propio Tribunal Constitucional, con su doctrina bien proclive en un primer momento a esta concepción, y con su interpretación hiperexpansiva de los derechos adjetivos del art. 24 CE, ha hecho todo lo posible por facilitar el paso anteriormente mencionado. Los datos numéricos de los que ya nos hemos hecho eco no hacen sino corroborar el auténtico abuso que se viene haciendo de este instituto procesal constitucional.

Así las cosas, la reforma legal propiciada por la Ley Orgánica 6/2007 da un giro radical en la concepción del amparo, giro que puede compendiarse en la idea de la objetivación, con arreglo a la cual no basta con que el recurrente cumpla con los requisitos procesales legalmente previstos para la presentación de un recurso de amparo; no basta tampoco con que aquél alegue y acredite la lesión de sus derechos fundamentales, ni tan siquiera la gravedad de esa lesión, pues a la vista de la reforma introducida en diversos preceptos del texto legal [de modo muy particular en los arts. 49.1 y 50.1, b)] es necesario algo más: que el recurrente justifique la especial trascendencia constitucional del recurso, ya que para que la

Sección, mediante acuerdo unánime de sus tres miembros, o la Sala, mediante decisión mayoritaria, puedan decidir la admisión de un recurso de amparo, al margen ya de que se cumplan los distintos requisitos legalmente exigidos por los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, será preciso que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su «especial trascendencia constitucional».

De todo ello se desprende con nitidez meridiana el enorme cambio que introduce la ley en la concepción del amparo. Ya no es suficiente la existencia de una lesión evidente de derechos constitucionalmente protegidos a través de esta vía. Es exigible mucho más: la «especial trascendencia constitucional» del recurso. El amparo deja de ser así, en rigor, un instrumento dirigido a la reparación en sede constitucional de las lesiones de derechos sufridas por los recurrentes para convertirse en un mecanismo más de defensa objetiva de la constitucionalidad del sistema, esto es, en un mecanismo de garantía de la primacía normativa de la Constitución.

La opción por la objetivación es inequívoca y rotunda. Buena prueba de ello la encontramos en la comparación del nuevo diseño del amparo constitucional con el Verfassungsklage alemán, que si bien requiere también para su admisión a trámite (art. 93. a de la Ley del Tribunal Constitucional Federal—BVerfGG—, texto de 1951, tras las modificaciones introducidas en él por las Leyes de 11 de agosto de 1993 y 16 de julio de 1998) que el recurso tenga un significado jurídico-constitucional fundamental (apartado segundo, punto a/), a modo de -salvedad frente al principio de objetivación, se prevé asimismo la admisión a trámite de un recurso de esta naturaleza «cuando resulte para el recurrente un perjuicio especialmente grave a causa de la negativa a conocer sobre el fondo».

La Ley Orgánica 6/2007 va, pues, mucho más lejos que la legislación alemana en lo que a la objetivación de este recurso se refiere, pues no deja resquicio alguno al elemento subjetivo, por lo menos a la vista de la literalidad de los preceptos que inciden en la admisión de un recurso de amparo constitucional. Tampoco admite la cautela que, como recuerda Cruz Villalón⁽¹²⁾, se incluía en los trabajos elaborados en el interior del propio Tribunal Constitucional con vistas a una hipotética reforma de la LOTC, en el sentido de que el contenido de la demanda no hubiera recibido una respuesta de fondo en la jurisdicción ordinaria.

(12) Pedro CRUZ VILLALÓN: «Acotaciones al Proyecto de reforma de la justicia constitucional», en Eduardo Espín Templado, Germán Fernández Farreres y Pedro Cruz Villalón, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi/Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 76.

Vale la pena recordar, haciendo un breve inciso, que en el Borrador de reforma de la LOTC elaborado en mayo de 1998 en el seno del Tribunal Constitucional, al que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, se proponía como texto alternativo al del art. 50 entonces en vigor uno sustancialmente semejante al finalmente adoptado por el legislador en la reforma de 2007, pero que, sin embargo, abría un cierto «portillo», por así decirlo, a la vertiente subjetiva del amparo, al prever, entre los supuestos desencadenantes, en su caso, de una decisión de admisión, no sólo el de que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo del mismo por parte del Tribunal Constitucional» «en razón de su trascendencia constitucional», sino también «en atención a la gravedad del perjuicio causado al recurrente por la alegada vulneración del derecho fundamental», fórmula de clara inspiración alemana, o «cuando la alegación de vulneración del mismo (del derecho fundamental), no siendo manifiestamente infundada, no haya tenido ocasión de ser planteada previamente ante la jurisdicción ordinaria». Como fácilmente se puede apreciar, el legislador ha sido mucho más restrictivo que el Tribunal Constitucional a la hora de contemplar las circunstancias que pueden posibilitar la admisión a trámite de un recurso de amparo.

En definitiva, el principio de objetivación es pleno y no encuentra en la reforma de la LOTC ninguna excepción que entreabra la puerta al elemento subjetivo, lo que, anticipémoslo ya, a nuestro juicio, no significa que una interpretación flexible de alguno de los criterios o parámetros que el nuevo art. 50.1, b) LOTC enuncia a los efectos de que el Tribunal aprecie la «especial trascendencia constitucional» de un recurso de amparo no pueda propiciar una cierta atención, -siquiera sea en casos que se presenten como excepcionalmente graves, al elemento subjetivo, cuestión sobre la que volveremos más adelante⁽¹³⁾. De todo lo precedentemente expuesto creemos que se puede concluir subrayando que el principio

(13) Al logro del reconocimiento de un cierto resquicio al elemento subjetivo se orientaba la -enmienda n.º 27, formulada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Vasco -(EAJ-PNV). En ella, se proponía la adición de un nuevo inciso en la letra b) del apartado primero del art. 50 LOTC, de resultas del cual había de quedar con la siguiente redacción: «Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional bien en razón del perjuicio particularmente grave que se le ocasione al demandante con la denegación de una decisión sobre el fondo, bien en razón de su especial trascendencia constitucional...». La enmienda se justificaba en consideración a que en el texto del Proyecto no se hacía mención a causas de corte subjetivo, ya que en la modificación del art. 50 se acude a un sistema de admisión discrecional en razón de la relevancia constitucional. A juicio del Grupo que suscribía la enmienda, «falta equilibrar las dos dimensiones del amparo (la objetiva y la subjetiva) en el texto proyectado, puesto que no nos parece adecuado olvidar esta segunda cualidad del amparo que tutela, también, las vulneraciones que por la entidad del perjuicio que causan al reclamante deben ser admitidas».

de la objetivación, rasgo nuclear del nuevo amparo constitucional, encuentra su gozne en un concepto jurídico indeterminado como es el de la «especial trascendencia constitucional», al que pasamos ahora a referirnos.

II. El concepto de «especial trascendencia constitucional» aparece en dos momentos claves del proceso. El primero de ellos es el de la presentación de la demanda. El art. 49.1 LOTC es modificado para adicionarle un inciso final en el que se alude a este concepto. A tenor del texto resultante: «El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso».

Este nuevo requisito de la demanda no deja de plantear problemas. El primero de ellos es el de que en un período de tiempo breve, como es el que se prevé para la interposición del recurso de amparo, mínimamente ampliado por la reforma del art. 44.2 LOTC, quedando fijado ahora en 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, no va a resultar fácil sustentarlo en la demanda con un mínimo de rigor. Excesiva parece asimismo esta exigencia para un buen número de Abogados, por lo general poco expertos en Derecho constitucional, aunque es cierto que este déficit tiene una fácil solución: profundizar más en el conocimiento de esta disciplina, bastante postergada tanto en el Foro como en la magistratura. A este respecto, el diputado popular Sr. Astarloa Huarte-Mendicoa, por las mismas razones, («el hecho de que el actual turno de oficio no asegura la especialización en Derecho constitucional..., unido a un plazo breve para argumentar la trascendencia constitucional») aduciría ante la Comisión Constitucional del Congreso la merma de garantías del procedimiento de amparo, también denunciada por el Informe de la Fiscalía General del Estado en torno al Anteproyecto de ley, que podía «generar una seria indefensión de cara a los recurrentes»⁽¹⁴⁾.

En la misma dirección, la indeterminación del concepto de «especial trascendencia constitucional» no facilita precisamente las cosas. Su inconcreción no termina de desaparecer con la fijación por el art. 50.1, b) LOTC de un tríptico de criterios a los que se ha de atender para apreciar la «especial trascendencia constitucional» de un recurso de amparo. La dificultad, innecesario es decirlo, se acentuará notablemente en los primeros tiempos de vigencia de la reforma, pues en esta primera etapa el Tribunal no habrá tenido oportunidad de pronunciarse y de esta forma fijar, mínimamente al menos, lo que entiende por tal concepto. En

(14) DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, 5 de marzo de 2007, p. 13.

sintonía precisamente con la carga de imprecisión aneja al concepto en cuestión, ha de entenderse la petición formulada por la enmienda n.º 5, firmada por la diputada del Grupo Parlamentario Mixto, Sra. Lasagabaster Olazábal, que proponía suprimir el inciso final añadido al art. 49.1 LOTC por el texto del Proyecto de ley sobre la base de que «el término (más bien habría que decir el concepto o, en su caso, la expresión) utilizado como requisito para la formalización de la demanda (...) se antoja de una gran inseguridad jurídica». «La trascendencia constitucional para el solicitante de amparo –se añadía en la motivación de la enmienda– siempre estará más que justificada». En último término, se razonaba que «la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la expresión “interés casacional”, para limitar la admisión a trámite de los recursos casacionales, ha generado en la práctica situaciones de auténtico desconcierto, que, con toda seguridad, se trasladarán al recurso de amparo con la adición, como requisito de la demanda, de la “especial trascendencia constitucional”».

Un sector de la doctrina se ha manifestado asimismo crítico con el recurso al susodicho concepto. Así, Ortiz Úrculo se iba a pronunciar en concordancia con alguno de los argumentos aducidos en apoyo de la enmienda n.º 5. Para el mencionado autor, la justificación de la «especial trascendencia constitucional» del recurso de amparo por la parte demandante, como requisito para que dicho recurso sea admitido a trámite, merece algún comentario, porque si la parte demandante estima que un derecho fundamental le ha sido lesionado y la vía judicial está agotada, ¿qué más ha de ponderar para justificar que su demanda tiene trascendencia constitucional?⁽¹⁵⁾

A su vez, García Manzano iba a aducir que si la reforma que propicia la ley se orienta a una disminución del número de recursos de amparo, y a una más expeditiva decisión sobre su inadmisión a limine, no parece que la fórmula introducida en el inciso final del art. 49.1 conduzca, con eficacia, a dichos propósitos. La exigencia de que la demanda justifique «la especial trascendencia constitucional del recurso», a juicio de quien fuera magistrado constitucional⁽¹⁶⁾, desvía el problema de fondo hacia el terreno de un requisito formal, pues los demandantes de amparo incorporarán a su escrito un apartado en el que invocarán y alegarán que concurre en su caso dicha especial trascendencia.

A nuestro modo de ver, la exigencia del inciso final del art. 49.1 LOTC de que en la demanda se justifique la «especial trascendencia constitucional» del

(15) Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO, en «Respuestas a la encuesta», en Eduardo Espín Templado, Germán Fernández Farreres y Pedro Cruz Villalón, *La reforma de la justicia constitucional*, Editorial Aranzadi/Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 106.

(16) Pablo GARCÍA MANZANO, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 102.

recurso, como requisito para que la misma pueda ser admitida a trámite, encierra el peligro de terminar convirtiéndose en un puro formalismo con efectos que pueden llegar a ser contraproducentes, pues si la Sección, o en su caso la Sala, se limitan, en aras de la brevedad del trámite, a atender a la apariencia de esa «especial trascendencia constitucional» en función de los términos de la fundamentación esbozada en la demanda, puede perfectamente acontecer que una demanda que tenga especial relevancia constitucional sea rechazada a limine de resultas de la deficiente fundamentación de tal trascendencia constitucional, lo que iría frontalmente en contra de la pretendida objetivación del amparo. A su vez, si la Sección o, en su caso, la Sala han de proceder a verificar, a la vista de todos los extremos del caso, si el mismo presenta una «especial trascendencia constitucional», y por nuestra parte no nos cabe duda de que así deben de actuar, entonces, ¿qué sentido tiene exigir al demandante que justifique la existencia de tal trascendencia constitucional? Creemos que ninguno. Más aún, con la exigencia de tal fundamentación lo único que quizá pueda conseguirse sea trivializar lo que constituye el auténtico presupuesto esencial para la admisión a trámite de la demanda, pues, como ya se ha dicho, esa exigencia es el gozne sobre el que gira la objetivación del recurso de amparo. A la vista de los inconvenientes expuestos se puede explicar que en el Borrador de reforma de la LOTC elaborado en el seno del Tribunal Constitucional en mayo de 1998, pese a acuñarse en el texto propuesto para el art. 50.1 el concepto de «trascendencia constitucional», no se propusiera introducir ninguna reforma en el art. 49, no exigiéndose por lo mismo al demandante de amparo que justificara la trascendencia constitucional de su recurso. En cualquier caso, a nuestro entender, una exigencia del principio de objetivación es que las Secciones o las Salas admitan a trámite aquellos recursos en los que haya una apariencia de trascendencia constitucional, al margen de que la misma no se infiera de una hipotética mal fundamentada demanda. Lo contrario no dejaría de ser un formalismo enervante.

III. El segundo momento en que hace acto de aparición la idea objetivadora de la «especial trascendencia constitucional» es el del trámite de admisión del recurso, pues sin entrar ahora en el notabilísimo cambio que presupone la inversión del trámite de admisión, es lo cierto que el nuevo texto del art. 50.1, b) LOTC exige para que pueda mediar una decisión de admisión a trámite «que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional», que se apreciará atendiendo a su importancia: a) para la interpretación de la Constitución, b) para su aplicación o para su general eficacia, y c) para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

A la vista de este tríptico de criterios ofrecidos por el legislador para que el Tribunal Constitucional pueda apreciar si el recurso presenta esa «especial tras-

«cendencia constitucional», se puede señalar, ante todo, que a través de ellos el legislador no hace otra cosa que profundizar en la vertiente objetiva que ahora se da al amparo. Es verdad que no ha faltado quien, como García Torres⁽¹⁷⁾, ha entendido que la redacción dada al art. 50.1, b) LOTC por la Ley Orgánica 6/2007 es tan escasamente constrictiva como la del anterior art. 50.1, c)⁽¹⁸⁾, aunque intuye que su interpretación irá encaminada a incrementar la «objetivación». No creemos que pueda establecerse un parangón entre los textos de los dos preceptos -citados, pues aunque la dicción del anterior art. 50.1, c) LOTC se entendiera en el sentido de una exigencia de contenido constitucional de la demanda, la ley matizaba esa exigencia al aludir a que la demanda había de carecer «manifiestamente» de tal contenido. Sin entrar en mayores comparaciones, el recurso al adverbio «manifiestamente» ya pone de relieve una diferencia de grado significativa. Para que la demanda pudiera ser inadmitida no bastaba con que careciera de contenido constitucional, sino que era preciso que tal carencia fuera manifiesta. A todo ello habría que añadir, como recuerda la doctrina⁽¹⁹⁾, que la aplicación que el Tribunal Constitucional hizo del art. 50.1, c) del texto anterior de la LOTC convirtió este precepto, en la práctica, en un juicio anticipado sobre el fondo del asunto, que lo llevaba a decidir mediante providencia, y no a través de sentencia, en torno a la inexistencia de vulneración de un derecho fundamental en el caso concreto.

El tríptico de parámetros del art. 50.1, b) LOTC no termina de arrojar luz suficiente para desentrañar con claridad lo que ha de entenderse por «especial trascendencia constitucional», concepto que se tilda de ambiguo y al que se buscan interpretaciones diversas, lo que no es sino la resultante de su carácter notablemente abierto, que, sin embargo, anticipémoslo ya, aún queda algo distante del procedimiento del certiorari. No faltan consideraciones muy críticas en torno a los peligros anexos a la excesiva amplitud del concepto. Y así, González Pérez aduce que, en la realidad, la apreciación de la «especial trascendencia constitucional» «queda al criterio de la mayoría de los magistrados de la Sección -y, quizás, en la práctica, en muchos casos al del letrado del Tribunal correspondiente- decidir sobre la inadmisión». Y si tenemos en cuenta

(17) Jesús GARCÍA TORRES, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 103.

(18) Recordemos que, con anterioridad a la reforma de 2007, el art. 50.1, c) LOTC habilitaba a la Sección, por unanimidad de sus miembros, para acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando «la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional».

(19) Enric FOSSAS ESPADALER: «El Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 1, 2006, p. 181.

—añade el citado autor⁽²⁰⁾— «que hasta la fecha el Tribunal no ha sido muy respetuoso con el principio de igualdad y ha jugado un papel importante la personalidad del demandante a la hora de decidir los amparos, podemos imaginarnos cómo va a apreciarse la “trascendencia constitucional” para pronunciarse sobre la admisibilidad del amparo».

En el debate previo a la aprobación de la reforma se reclamó la conveniencia de hacer un esfuerzo para precisar mejor el supuesto de admisión por «trascendencia constitucional»⁽²¹⁾. No era una reivindicación carente de fundamento a la vista de algunas de las posiciones explicitadas por la propia doctrina antes de que la reforma fuera aprobada. Algunos ejemplos pueden corroborarlo. López Garrido entendía⁽²²⁾ que con la «especial trascendencia constitucional» «se trata de garantizar que el Tribunal Constitucional no haya de decidir acerca de recursos de amparo que no cuenten con la suficiente fundamentación o base jurídico-constitucional». En similar dirección, Cuesta Martínez⁽²³⁾ aducía que con la reforma «se pretende que los recursos de amparo se fundamenten con una mayor precisión en la invocación del derecho vulnerado, en la que se justifique la trascendencia constitucional del recurso». A la vista de estas reflexiones, parece que ni tan siquiera los diputados de la mayoría parlamentaria socialista (y además, relevantes diputados) se habían enterado muy bien del significado del concepto y de lo que entrañaba la objetivación del amparo, pues no creemos que las explicaciones de los dos diputados reflejen ni de lejos el fin perseguido con la exigencia de una «especial trascendencia constitucional» del recurso. La objetivación del amparo —creemos que es evidente— nada tiene que ver con la pretensión de una mejor fundamentación de las demandas, aunque sería loable que de resultados de la objetivación se derivara tal mejoría. Más aún, como ya hemos dicho, incluso si la «especial trascendencia constitucional» no fuere convenientemente justificada, pese a presentar objetivamente el caso sujeto al Tribunal dicha trascendencia, en pura lógica objetiva, el recurso habría de ser admitido a trámite. Dicho de otro modo, con la exigencia de relevancia constitucional no se pretende mejorar la fundamentación de sus recursos por los demandantes de amparo⁽²⁴⁾.

(20) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en la «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 18, 2.º semestre 2006, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 25.

(21) En tal sentido, Ignacio BORRAJO INIESTA, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 96.

(22) Diego LÓPEZ GARRIDO, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 104.

(23) Álvaro CUESTA MARTÍNEZ, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 100.

(24) Cachero Álvarez, a su vez, establece una analogía entre la «especial trascendencia constitucional» y el concepto introducido en el año 2001 del «interés casacional», obviamente

Las dudas que se advierten son, por otro lado, inherentes a la propia filosofía objetivadora del recurso, pues lo que con la reforma se pretende, en último término, es dar un amplio margen de libertad al Tribunal Constitucional para que pueda limitarse a conocer de aquellos recursos que, con independencia ya de la mayor o menor verosimilitud de violación de un derecho en el caso concreto que de ellos se desprenda, presenten una proyección o relevancia general, propiciando de esta forma que el Tribunal pueda determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Y ello parece oponerse frontalmente a una delimitación puntual y precisa de los supuestos en los que un recurso presenta «especial trascendencia constitucional»⁽²⁵⁾. A nuestro juicio, los tres parámetros contemplados por el art. 50.1, b) LOTC suministran al Tribunal un instrumental suficiente como para que, a la vista de cada caso, pueda decidir si el recurso debe o no ser admitido a trámite. Es obvio que estos parámetros otorgan al Tribunal un amplio margen decisorio o, si se prefiere, una notable discrecionalidad para decidir, pero ello pensamos que va implícito en la propia concepción objetiva del amparo por la que opta el legislador. Más aún, en sintonía con el carácter abierto del concepto y en coherencia asimismo con el «plus» de apertura que a nuestro entender entraña el segundo de los parámetros acogidos por el art. 50.1, b) LOTC (importancia del recurso para la aplicación y general eficacia de la Constitución), creemos –y volveremos sobre ello más adelante– que el Tribunal puede encontrar en ese parámetro un resquicio para que, aunque sea en una pequeña medida, pueda entrar en juego el elemento subjetivo. Llegados aquí, nos centraremos ahora en el análisis de los tres parámetros.

A) El primer y el tercer parámetros se hallan estrechamente conectados. Ello resulta evidente si se advierte que la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales no es sino la resultante de interpretar aquella parte de la Constitución que consagra tales derechos. Por tanto, bien podría decirse que mien-

en relación al recurso de casación. Héctor CACHERO ÁLVAREZ: «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Otrosí*, n.º 83, 2007, pp. 12 y ss.; en concreto, p. 14.

(25) Es obvio que no faltan quienes creen justamente lo contrario. Y así, Ortiz Úrculo aduce que el Tribunal Constitucional debe ser ejemplo de seguridad jurídica para todos y es evidente que la inaprensible expresión utilizada por los arts. 49 y 50 no constituyen el mejor instrumento para conseguir aquello. En sintonía con todo ello, el propio autor se mostraba partidario de que la «especial trascendencia constitucional» quedara mejor definida y con mayor claridad a como lo hacía el art. 50.1, b) del Anteproyecto (que a la postre se convertiría en el texto definitivo de la ley), o, alternativamente, de que la reforma se inclinara decididamente por otras soluciones, como la de limitar los derechos fundamentales susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional, o adoptar medidas sobre la aptitud exigible a los letrados para que puedan intervenir en el recurso de amparo, o sobre las multas a imponerles cuando sus recursos fueran inadmitidos. Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO, en «Respuesta a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., pp. 106-107.

(26) Pedro CRUZ VILLALÓN: «Acotaciones al Proyecto de reforma...», op. cit., p. 76.

tras el primer parámetro atiende a la interpretación de la Constitución en general, el tercero fija su atención en la interpretación de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales. El carácter objetivo de uno y otro criterio alcanza su máximo umbral. Desde esta perspectiva, bien puede aducirse que un recurso de amparo presentará «especial trascendencia constitucional» cuando posibilite un pronunciamiento de alcance general del Tribunal Constitucional a través del cual éste cumpla con su rol de «intérprete supremo de la Constitución» en general y de los derechos fundamentales en particular. No ha de extrañar que, desde esta óptica, Cruz Villalón entienda⁽²⁶⁾ que el recurso será admitido a trámite por lo que importe desde la perspectiva del avance en el conocimiento y significado de los derechos fundamentales en su conjunto o individualmente considerados. A su vez, García Torres, con una visión prospectiva, señala⁽²⁷⁾ que es probable que el nuevo art. 50.1, b) LOTC sea administrado en el sentido de incrementar la «objetivación» del amparo, vigorizando la tendencia a convertir la violación del derecho individual en simple ocasión pedagógica, cuando no en pretexto, para fijar doctrina.

B) El segundo de los parámetros a los que ha de atender el Tribunal se separa de los dos precedentes, ante todo, porque ya no atiende a la interpretación constitucional, sino a la aplicación y eficacia de la Norma suprema. Ello, desde luego, nos sigue situando ante un criterio objetivo, pero que, en cuanto abierto a situaciones subjetivas en las que apreciar la eficacia, la vigencia real de la Constitución, ya está ofreciendo un resquicio a elementos subjetivos⁽²⁸⁾.

El tema no es baladí, pues una de las críticas más extendidas que ha suscitado la reforma ha sido la de que la objetivación del recurso de amparo desvirtúa de manera manifiesta y clara su profundo sentido de protección individualizada, concreta y reparadora de las restricciones a las libertades y derechos fundamentales que cada ciudadano considera que ha sufrido. En cuanto que el nuevo texto del art. 50 responde más bien a la idea de una defensa abstracta de la norma constitucional, Trillo Torres⁽²⁹⁾ lo considera incompatible con la noción social, política y jurídica del recurso de amparo. Muy similar es la postura de Garrorena, para quien

(27) Jesús GARCÍA TORRES, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 103.

(28) Análoga posición mantiene CRUZ VILLALÓN, que también reconduce a este criterio los amparos de reiteración de doctrina. PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Acotaciones al Proyecto de reforma...», op. cit., pp. 76-77.

(29) Ramón TRILLO TORRES, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 114.

(30) Ángel GARRORENA MORALES, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., p. 46.

en el lenguaje mismo de la Constitución la palabra «amparo» no es gratuita: apunta a hacernos pensar intuitiva y necesariamente en la protección subjetiva de nuestros derechos constitucionales⁽³⁰⁾. No faltan tampoco quienes se preguntan si el legislador no se ha dejado llevar por un exceso de objetivación en la configuración del recurso de amparo⁽³¹⁾. E incluso, entre quienes se muestran decididamente partidarios de la objetivación, algunos reivindican la recepción de algún criterio subjetivo. Así, para Espín, «en el nuevo texto se hecha (sic) en falta quizás... una referencia a la admisión por algún criterio esencialmente subjetivo, entendida la expresión en el sentido de que la ratio de la admisión se funde en la trascendencia del recurso para los intereses del recurrente, pese a su posible carencia de interés constitucional objetivo»⁽³²⁾. En sintonía con ello, el propio autor manifiesta su esperanza en que la práctica del Tribunal introduzca esta perspectiva subjetiva a partir de una interpretación flexible de alguno de los criterios⁽³³⁾. En esta misma dirección, Lucas Murillo⁽³⁴⁾ entiende que la noción de «especial trascendencia constitucional», pese a su carácter esencialmente objetivo, no es necesariamente incompatible con el propósito de evitar a una persona los graves perjuicios derivados de una actuación administrativa o judicial en vulneración de sus derechos fundamentales⁽³⁵⁾.

Las tomas de posición precedentes nos muestran que un sector de la doctrina, incluso partidario de la objetivación, cree que debiera abrirse un portillo a lo subjetivo. Dicho de otro modo, la objetivación del amparo no debiera impedir de raíz que en un momento dado no pueda admitirse un recurso en atención a un criterio subjetivo. Ello no quiere decir que el concepto de «especial trascendencia constitucional» pueda ser interpretado tan flexiblemente como para que todo que-

(31) José Luis CASCAJO CASTRO, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 97.

(32) Eduardo ESPÍN TEMPLADO: «Comentarios al Anteproyecto...», en *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., p. 31.

(33) *Ibidem*, pp. 30-31.

(34) Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., pp. 56-57.

(35) Por aludir a algún otro autor, podemos recordar que también Mendizábal se inclinaba en esta dirección: «La trascendencia constitucional pudiera ir acompañada del impacto o pre-ocupación social en un determinado momento o la extensión de sus efectos». Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma...*, op. cit., p. 105. A su vez, Oubiña cree que se echarán en falta referencias al criterio subjetivo; por ejemplo, vulneraciones especialmente importantes para el litigante o incluso un criterio cuantitativo. Sabela OUBIÑA BARBOLLA, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 109.

(36) Pedro CRUZ VILLALÓN: «La réforme de la justice constitutionnelle espagnole», op.

pa en él. Pero, desde luego, a nuestro entender, el parámetro de la aplicación y general eficacia de la Constitución puede permitir al Tribunal, llegado el caso, admitir a trámite un recurso de amparo que, por ejemplo, impida que el recurrente haya de sufrir un daño especialmente grave en sus derechos fundamentales. Ello no significa, ni mucho menos, que defendamos la vieja fórmula del Príncipe de Lampedusa de que todo cambie para que todo siga igual. Y para que la inercia no termine invalidando el propósito de la reforma será inexcusable un sensible cambio en los métodos de trabajo y en la mentalidad de los magistrados constitucionales, pues, como ha dicho Cruz Villalón⁽³⁶⁾, los jueces encuentran más satisfacción, mayor gratificación personal, en dar una respuesta a las alegaciones de vulneración de derechos o libertades, en cuanto jueces del caso concreto, que en resolver los procesos abstractos planteados por los poderes públicos, especialmente cuando se trata de litigios territoriales. Es lógico que sea así y que el magistrado constitucional se sienta primigeniamente protector de los derechos, pero, siendo ello así, no bastarán las solas palabras de la ley para llevar a buen puerto la reforma. Será necesario un cambio de mentalidad de los integrantes del Tribunal para que la reforma pueda llegar a ser realmente operativa. Pero esta operatividad es perfectamente compatible con que el Tribunal no cierre herméticamente el paso al criterio subjetivo.

Por lo demás, con la objetivación del recurso de amparo creemos que queda claro que éste es un instrumento extraordinario de garantía de los derechos, lo que en modo alguno viola, por inexistente, un supuesto derecho a la jurisdicción constitucional reconocido por la Constitución⁽³⁷⁾. Ahora bien, este radical cambio de orientación del amparo constitucional sí exige un funcionamiento adecuado del amparo judicial que contempla el art. 53.2 CE cuando se refiere a la tutela de las libertades y derechos que menciona ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Y ello, no nos cabe duda alguna, requiere ir mucho más allá de lo que ha ido la Ley Orgánica 6/2007, que se ha limitado en este punto a reformar el incidente de nulidad de actuaciones. Desde este punto de vista, nos parece perfectamente razonable lo propugnado en la enmienda n.º 80, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la que se postulaba adicionar una nueva disposición final segunda al texto legal que acogiera un mandato al Gobierno con vistas a la elaboración de un proyecto de ley a remitir a las Cortes Generales, de desarrollo para todos los

cit., p. 729.

(37) En sentido contrario justamente se manifiesta José ALMAGRO NOSETE, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 95.

(38) Pedro CRUZ VILLALÓN: «La réforme de la justice constitutionnelle espagnole», en *Die*

órdenes jurisdiccionales del amparo judicial previsto por el art. 53.2 CE, fijando la función que ha de corresponder al Tribunal Supremo en dicho amparo y armonizándolo con el recurso de amparo constitucional. Con ello no sólo se contribuiría a perfeccionar el sistema de garantías a nivel de la jurisdicción ordinaria, sino también a propiciar vías a cuyo través encauzar esa cultura constitucional ciudadana que quizá no se resigne fácilmente a lo que Cruz Villalón ha tildado⁽³⁸⁾ de «aristocratización» del amparo.

B) La inversión del trámite de admisión

I. Uno de los aspectos más novedosos de la reforma del recurso de amparo es el cambio de la configuración del trámite de admisión. En la Exposición de Motivos de la ley se subraya de modo particular esta innovación que, en síntesis, viene a suponer que, frente al sistema anterior del art. 50.1 LOTC de causas o supuestos de inadmisión tasados, cuya existencia desencadenaba la inadmisión del recurso, la reforma invierte el juicio de admisibilidad, que ahora se contempla en positivo. El recurrente viene obligado a alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, lo que se traduce en que el órgano competente del Tribunal, en principio la Sección, pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007 se da por supuesto que esta modificación agilizará el procedimiento.

Si establecemos una comparación entre las dos versiones del art. 50.1 LOTC, la previa a la reforma y la posterior a ésta, las diferencias pueden sistematizarse del siguiente modo:

- a) En primer término, mientras en su redacción anterior se preveía que la Sección, por el acuerdo unánime de sus miembros, podía decidir la inadmisión del recurso, ahora se dispone que «el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite», a cuyo efecto la Sección, por unanimidad de sus miembros, ha de acordar mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso cuando ello sea pertinente. La reforma se decanta, pues, por una selección en positivo.
- b) En segundo lugar, en la redacción precedente del art. 50.1 la providencia de inadmisión requería, como se acaba de señalar, del acuerdo unánime de los

Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 721 y ss.; en concreto p. 730.

tres miembros de la Sección. No habiendo tal unanimidad, la propia Sección podía acordar mediante auto la inadmisión, requiriéndose tan sólo al efecto la previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no había de exceder de diez días (art. 50.3 LOTC en su versión anterior). Tras la reforma, el art. 50.2 LOTC prescribe que cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección «trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución».

- c) En tercer término, en el texto previo a la reforma la inadmisión del recurso era la consecuencia obligada de la concurrencia de alguno de los supuestos de inadmisión contemplados por los apartados a) a d) del art. 50.1. Tras la reforma, el párrafo primero del art. 50.1, de modo taxativo, prescribe que sólo podrá acordarse la admisión cuando concurren todos los requisitos que se determinan en los apartados a) y b), requisitos de entre los que, como ya se ha señalado, el más novedoso y significativo es el de la especial trascendencia constitucional del recurso.

En las diferencias expuestas encontramos algunos aspectos bien significativos de la nueva filosofía inspiradora del trámite de admisión. Nos referiremos a dos de ellos. En primer término, mientras en el texto anterior se disponía que «la Sección... podrá acordar... la inadmisión del recurso cuando concorra alguno de los siguientes supuestos», tras la reforma, la redacción cambia significativamente, pues ahora se habla de que «la Sección... acordará... la admisión... del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos». En la propia textualidad se visualiza una diferencia clara: mientras en la versión anterior se está dejando a la Sección un cierto margen de discernimiento para admitir, acorde con la idea un tanto subyacente, por lo menos durante los primeros años del Tribunal, de que el devenir normal del recurso de amparo había de culminar en un pronunciamiento sobre el fondo del mismo por parte del Tribunal, en la nueva redacción late una inequívoca visión restrictiva, que el adverbio «solamente» pone de relieve con claridad; con ello no queremos decir que la capacidad decisoria del Tribunal se haya visto ahora limitada; todo lo contrario, pero ese incremento de su potestad discrecional es fruto de la indeterminación del concepto sobre el que gira la objetivación del amparo, la «especial trascendencia constitucional del recurso». Este concepto otorga al Tribunal un amplísimo margen de discernimiento, pero sobre el Tribunal pesa lo que creemos es un mandato más o menos implícito del legislador, un mandato inequívocamente restrictivo de la admisión a trámite que el adverbio «solamente», como ya se ha dicho, deja traslucir con toda nitidez.

De cuanto se acaba de señalar se desprende que el texto legal deja ahora muy claro que la admisión a trámite es algo más bien excepcional, en sintonía con el carácter extraordinario del amparo constitucional, y es por lo mismo por lo que la Sección viene compelida a no admitir a trámite un recurso más que («solamente»)

cuando concurren todos los requisitos que la propia norma enuncia. Ciertamente, como se acaba de decir, esa compulsión ejercida sobre el Tribunal encuentra el contrapunto en la indeterminación del concepto clave para la admisión, lo que automáticamente deja en manos del Tribunal una amplísima capacidad interpretativa y, por lo mismo decisoria, pero el espíritu restrictivo del legislador no puede por menos que ejercer un cierto peso sobre el Tribunal.

Un segundo aspecto significativo de este espíritu restrictivo lo encontramos en las diferentes soluciones acogidas por la ley, antes y después de la reforma, en relación al supuesto de que la Sección no alcance el acuerdo de la totalidad de sus miembros a fin de poder adoptar una decisión unánime. En la anterior redacción del art. 50.3 LOTC era la propia Sección la que, por mayoría, era habilitada para inadmitir el recurso, pero también para admitirlo, siendo la divergencia más relevante respecto del supuesto de existencia de unanimidad, la exigencia ahora de un auto, esto es, de una decisión motivada, al margen ya de la necesidad de un trámite de audiencia previa tanto del solicitante de amparo como del Ministerio Fiscal. Tras la reforma, el art. 50.2 LOTC (equivalente al anterior art. 50.3) prevé que, no alcanzándose la unanimidad, si la admisión a trámite hubiere obtenido mayoría en la Sección, ésta habrá de trasladar la decisión a la Sala respectiva para su resolución. La divergencia no deja de ser significativa: con el texto anterior a la reforma, la Sección, por la mayoría de sus miembros, se hallaba facultada para inadmitir o admitir un amparo. Tras la reforma, la Sección, ni siquiera mediando una mayoría favorable a la admisión, se halla habilitada para admitir a trámite el recurso; lo único que en tal caso está a su alcance es trasladar la decisión a la Sala, lo que, evidentemente, escenifica las cautelas legales en orden a la admisión a trámite de un recurso de amparo.

II. Al margen ya del trámite de admisión, la reforma establece una suerte de trámite previo o de preadmisión, al que alude el art. 49.4 LOTC, a cuyo tenor: «De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden (en los que se contemplan: el contenido que ha de tener la demanda, incluyendo ahora, como ya vimos, la justificación de la «especial trascendencia constitucional del recurso», los documentos que la han de acompañar y las copias de la demanda y de los documentos presentados que se han de anexar), las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de diez días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso».

Este trámite de preadmisión ya estaba de algún modo contemplado por el art. 50.5 del texto anterior de la ley, que se refería al supuesto de que en la demanda de amparo concurrieran uno o varios defectos de naturaleza subsanable, en cuyo caso la Sección había de proceder en los términos previstos en el art. 85.2 LOTC, esto es, había de notificar al recurrente los motivos de inadmisión que hubiere con

objeto de que, dentro del plazo de diez días, pudiera subsanar los defectos advertidos; no produciéndose tal subsanación en dicho plazo, la Sección, de acuerdo con el art. 50.5, había de acordar la inadmisión mediante providencia irrecurrible. Esta misma determinación, con mejor técnica legislativa, ha sido trasladada ahora al art. 50.4 (parcialmente equivalente al anterior art. 85.2). Si se tiene en cuenta el hecho de que la tramitación a que acabamos de referirnos ya es una práctica en el funcionamiento de las Secretarías de Justicia⁽³⁹⁾, se puede llegar a la conclusión de que la modificación introducida por el art. 49.4 LOTC, loable en cualquier caso, no hace sino normativizar una pauta de actuación de las Secretarías de Justicia ya existente.

III. Un amplio sector de la doctrina ha valorado positivamente esta innovación, que ya fue reivindicada en el Congreso celebrado por la Asociación de Constitucionalistas de España en el año 2003, en el que, como se recogía en las conclusiones⁽⁴⁰⁾, se coincidió en la conveniencia de habilitar legalmente al Tribunal para seleccionar los casos importantes o lo inevitable dada la seria entidad del perjuicio, en definitiva, para seleccionar en positivo. De igual forma, tal y como ya se ha dicho, el Borrador de reforma de la LOTC elaborado en mayo de 1998 en el seno del Tribunal Constitucional también se había inclinado por la inversión del trámite de admisión, abandonando el procedimiento basado en la inadmisión de aquellas demandas de amparo que presentaran defectos formales o materiales con la consiguiente admisión a trámite de las restantes.

Esta inversión del trámite de admisión se considera que ha de permitir un mayor margen de acción al Tribunal Constitucional para evaluar la trascendencia constitucional de la demanda y, a la postre, determinar o seleccionar qué demandas de amparo merecen ser objeto de enjuiciamiento en cuanto al fondo⁽⁴¹⁾, a la par que ha de propiciar que la resolución sobre la admisión se haga con más agilidad⁽⁴²⁾. Con una visión prospectiva, se avanza⁽⁴³⁾ asimismo que la experiencia práctica de los órganos judiciales colegiados lleva a pensar que, por regla general, las Secciones se esforzarán por llegar a la unanimidad para admitir o a la

(39) En tal sentido, Enric FOSSAS ESPADALER: «El Proyecto de reforma de la Ley Orgánica...», op. cit., p. 182.

(40) Cfr. al efecto, Javier GARCÍA ROCA: «La cifra del amparo constitucional y su reforma», en Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 273 y ss.; en concreto, p. 283.

(41) Marc CARRILLO, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., p. 39.

(42) Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., p. 49.

(43) Eduardo ESPÍN TEMPLADO: «Comentarios al Anteproyecto...», op. cit., p. 32.

decisión de inadmitir por mayoría o por unanimidad, resultando más bien escasos los supuestos en los que la decisión mayoritaria de admitir sea deferida a la Sala.

No faltan, sin embargo, opiniones menos optimistas, e incluso hartas críticas. Para Díez-Picazo⁽⁴⁴⁾, aunque la transformación del trámite de admisión, a primera vista, se trata de un endurecimiento de las condiciones de admisión, «no es seguro que, más allá de las palabras, esto suponga un cambio radical con respecto a la situación actual» (obviamente, este autor escribe antes de la entrada en vigor de la ley). No muy optimista se muestra asimismo Fernández Farreres⁽⁴⁵⁾, para quien la solución ideada muy poco, por no decir nada, mejorará la difícil situación en la que se encuentra el Tribunal como consecuencia del número de amparos que le llegan. Más aún, a juicio de este autor, seguramente ni siquiera un sistema de admisión discrecional de los recursos, dando entrada a la técnica del certiorari, solventaría el problema, y ello porque, siempre según Fernández Farreres, el problema no se centra en el retraso en resolver los amparos, sino en el tiempo que al Tribunal lleva la resolución de esos amparos. En la medida en que la motivación interna deba existir, en tanto que las demandas haya que leerlas y analizarlas y los magistrados tengan que debatir sobre si presentan o no dimensión constitucional, poco o incluso nada cambiará la situación en que se encuentra nuestra justicia constitucional.

Esta última posición, como fácilmente se ve, se orienta en la dirección de quienes creen que sólo limitando la entrada de las demandas de amparo podrá solventarse el problema de fondo, restricción que, en bastantes casos⁽⁴⁶⁾, se trata de viabilizar a través de la pretensión de limitar los derechos susceptibles de amparo, y en particular, los derechos adjetivos del art. 24 CE, tesis que, por nuestra parte, no compartimos en absoluto⁽⁴⁷⁾.

(44) Luis María Díez-Picazo, en «Encuesta sobre reforma...», op. cit., pp. 40-41.

(45) Germán Fernández Farreres: «Comentario al Anteproyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005», en la obra *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit. pp. 35 y ss; en concreto 53-54.

(46) Así, por ejemplo, Angel Garrorena Morales, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., pp. 54-55, y en similar dirección, Luis María Díez-Picazo, en *Ibidem*, pp. 51-52.

(47) En análoga posición, Lucas Murillo se manifestaba en el sentido de que el Proyecto de ley acertaba al no excluir del recurso de amparo ninguno de los derechos fundamentales. Pablo Lucas Murillo de la Cueva: «Sobre tribunales y derechos», en *Revista de Jurisprudencia (El Derecho Editores)*, año II, n.º 2, Abril 2006, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4. También García Roca se muestra contrario a las propuestas consistentes en reenviar en bloque o en parte los amparos del art. 24 CE, por vulneración o infracción de las garantías procesales, a los Tribunales Superiores de Justicia o al Tribunal Supremo. Javier García Roca: «La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional», op. cit., p. 34.

IV. Nos referiremos de modo muy sumario a dos últimas cuestiones. La primera es la previsión del párrafo primero del art. 50 acerca de la posibilidad de admisión del recurso en todo o en parte. Dicho de otro modo, la norma contempla la posibilidad de una admisión parcial. Concordamos por entero con Mendizábal Allende⁽⁴⁸⁾ cuando señala no ver claro que la admisión del recurso pueda ser parcial, considerando más lógico que una vez admitido, sea el órgano del Tribunal que conozca del mismo quien diga qué motivos acoge y cuáles no, pues no en vano le corresponde la plenitud jurisdiccional en el momento de dictar sentencia.

La segunda cuestión tiene que ver con la conveniencia de una separación entre quien adopta la decisión de admisión de un recurso y quien ha de juzgar dicho recurso. Cruz Villalón se ha referido a ello⁽⁴⁹⁾, llamando la atención sobre la «contaminación» que, por débil que sea, se produce cuando quien va a examinar el fondo de un amparo ya ha tomado posición respecto de su relevancia constitucional a efectos de su admisión a trámite. Como bien razona el propio autor, en términos ideales, la facultad de selección debiera hallarse separada de la función jurisdiccional propiamente dicha, lo que podría conseguirse mediante un cruce entre las dos Salas, a cuyo través cada Sala resolvería sobre los asuntos cuya «especial trascendencia constitucional» hubieran apreciado las Secciones de la otra o la propia otra Sala. La cuestión no es baladí, y de ella se hizo eco asimismo el diputado popular Sr. Astarloa Huarte-Mendicoa⁽⁵⁰⁾.

La ley ha optado justamente por la posición contraria, pues el nuevo texto del art. 50, interpretado sistemáticamente con los arts. 51 y 52, parece dar por supuesto que será la Sala a la que pertenezca la Sección que, en su caso, acuerde la admisión la que habrá de conocer del recurso. Innecesario es decir que el problema se acentúa -cuando la decisión de admisión a trámite, de conformidad con el art. 50.2 LOTC, es adoptada por la propia Sala que más tarde va a pronunciarse sobre el fondo del asunto, tras haber decidido que el recurso tiene «especial trascendencia constitucional».

C) La inadmisión del recurso

I. La inadmisión del recurso puede ser acordada bien por una decisión unánime o mayoritaria de la Sección, bien, en su caso, por decisión de la Sala, cuando de resultas de un acuerdo mayoritario (no unánime) de admisión por parte de la

(48) Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 105.

(49) Pedro CRUZ VILLALÓN: «Acotaciones al Proyecto de reforma...», op. cit., pp. 76-77.

(50) DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, 5 de marzo de 2007, p. 13.

Sección, le sea deferido, de conformidad con el art. 50.2 LOTC, el recurso a fin de que adopte la decisión definitiva en torno a su admisión o inadmisión.

La cuestión más problemática se suscita al hilo de las previsiones del art. 50.3 LOTC, a cuyo tenor: «Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna».

Para valorar en su justa medida esta previsión conviene recordar lo establecido por la LOTC con anterioridad a su reforma. En su texto inicial de 1979, el párrafo primero del art. 50.1 era muy claro al determinar que la Sala, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excedería de diez días, podía acordar motivadamente la inadmisibilidad del recurso. Puesto en conexión tal precepto con el art. 86.1 LOTC, a cuyo tenor, «las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad adoptarán la forma de auto», la conclusión era inequívoca: la inadmisibilidad liminar de un recurso de amparo había de acordarse por la Sala mediante auto motivado.

La Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, de reforma de los arts. 50 y 86 LOTC, de la que nos hemos ocupado en otra parte⁽⁵¹⁾, incidía precisamente sobre este punto a fin de agilizar el trámite de inadmisión de estos recursos. Y a tal fin habilitaba a la Sección, mediando decisión unánime de sus miembros, para acordar mediante providencia la inadmisión de los recursos de amparo cuando concurriera alguno de los supuestos previstos por el propio art. 50.1. Tal providencia había de indicar el supuesto (de los cuatro supuestos desencadenantes de la inadmisión a que se refería el art. 50.1) en el que se encontraba el recurso, esto es, el supuesto de inadmisión en el que incurría, debiendo notificarse al demandante y al Ministerio Fiscal, no cabiendo contra ella más que un recurso de súplica a cargo del Ministerio Fiscal en el plazo de tres días, recurso que había de resolverse mediante auto. No existiendo unanimidad acerca de la inadmisión, sino un acuerdo mayoritario de la Sección, ésta, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no había de exceder de diez días, podía acordar la inadmisión a través de un auto.

La praxis del Tribunal condujo, como regla general, a la motivación de las providencias de inadmisión, en muchos casos de modo muy breve, en otros no tanto, viniendo la providencia fundamentada en forma análoga a si se tratara de

(51) Cfr. al efecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «El recurso de amparo en España», en Héctor FIX-ZAMUDIO y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM/Editorial Porrúa/Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006, pp. 789 y ss.

un auto. Aunque algún autor⁽⁵²⁾, a la vista del tenor dado a los arts. 50.1 y 86.1⁽⁵³⁾ por la Ley Orgánica 6/1988, se ha planteado como problema hermenéutico si la providencia de inadmisión no requería de motivación o si, por contra, excepcionalmente, debía ser motivada, a nuestro modo de ver, tal problema era inexistente. La reforma de 1988 dejaba inequívocamente claro que la providencia de inadmisión acordada por la Sección no exigía motivación alguna. Y a ello no obstaba en lo más mínimo el art. 86.1 LOTC, que no hacía sino corroborar esa interpretación al prever que toda resolución que no es motivada adopta la forma de providencia. Que el Tribunal, a posteriori, motivara las providencias de inadmisión era fruto de su mera discrecionalidad, que no la resultante de una exigencia legal.

El Proyecto de ley enviado al Congreso en noviembre de 2005, quizá como reacción a esta práctica del Tribunal de motivar las providencias, un tanto contradictoria con la finalidad perseguida por la reforma de 1988, vino a dar una redacción al art. 50.3 que, siendo casi idéntica a la antes transcrita, esto es, a la que a la postre habría de ser definitiva, difería sin embargo en un matiz relevante: en la exigencia de que las providencias de inadmisión se circunscribieran a especificar el requisito incumplido («Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, se limitarán a especificar el requisito incumplido»). La norma acogía claramente un mandato imperativo, al exigir al órgano que hubiere de adoptar una providencia de este tipo que se limitara a especificar qué requisito (de los contemplados por el art. 50.1 y por los preceptos a los que éste se remitía) había sido incumplido.

Dos enmiendas iban a coincidir, siquiera fuera en la finalidad perseguida, en la conveniencia de modificar la previsión mencionada. La enmienda n.º 61, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, postulaba la supresión de la frase «se limitarán a especificar el requisito incumplido». A su vez, la enmienda n.º 27, del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), propugnaba el siguiente texto alternativo: «Las providencias de inadmisión adoptadas por las Secciones o las Salas, deberán ser sucintamente motivadas, especificando el requisito incumplido y se notificarán...».

(52) Eduardo ESPÍN TEMPLADO: «Comentarios al Anteproyecto...», op. cit., pp. 32-34.

(53) A tenor de la redacción dada al art. 86.1 LOTC por la Ley Orgánica 6/1988, precepto que, dicho sea al margen, no ha sido objeto de reforma por la Ley Orgánica 6/2007 (que sí modifica por el contrario el apartado segundo del art. 86, adicionando asimismo un nuevo apartado tercero): «La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido».

Finalmente, el Informe de la Ponencia daba al art. 50.3 la redacción que a la postre habría de ser definitiva y, asumiendo muy posiblemente la finalidad latente en las dos mencionadas enmiendas, en lo que hace al punto que nos ocupa, sustituía las palabras «se limitarán a especificar» por la de «especificarán», lo que aproximaba el texto final al del anterior art. 50.2 que, como ya indicamos, tras la reforma de 1988 disponía que la providencia de inadmisión «indicará el supuesto (de inadmisión) en el que se encuentra el recurso».

II. La redacción dada al art. 50.3 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007 ha suscitado como principal cuestión problemática, tanto en sede parlamentaria como por parte de la doctrina, la de la mera exigencia de una providencia para la decisión de inadmisión a trámite de un recurso de amparo, con lo que ello entraña, en principio, de carencia de motivación, lo que se hace extensivo tanto a la decisión de inadmisión adoptada por la Sección como a la acordada por la Sala.

Ya con anterioridad hemos aludido a cómo en la enmienda n.º 27, del Grupo Parlamentario Vasco, aun manteniendo la forma de providencia para las decisiones de inadmisión, se postulaba que tales providencias debían ser sucintamente motivadas. De modo más rotundo, en la también mencionada enmienda n.º 61, el Grupo Popular en el Congreso propugnaba la sustitución de la providencia por el auto, pues en tal enmienda no sólo se requería la supresión de la frase «se limitarán a -especificar...», sino que también se postulaba la sustitución en todos los casos (de los tres primeros apartados del art. 50) de la referencia a «providencia» o «providencias» por «auto motivado» o «autos», cambio que se justificaba en la consideración de que «no puede privarse de la garantía de la motivación individualizada, cuya falta hace además inverosímil el recurso de súplica». Adicionalmente, se ponía de relieve que «la desaparición de los autos de inadmisión no tiene por qué comportar aligeramiento del trámite, dado que hay que estudiar la demanda, comprobar los requisitos y deliberar como en la actualidad. Lo único que se cambiaría realmente es la garantía de motivación».

Quizá valga la pena puntualizar, frente a lo que se aduce en esta última enmienda, que la reforma no hace desaparecer los autos de inadmisión, pues, como ya se ha visto, fue la reforma de la LOTC llevada a cabo en 1988 la que propició ese cambio, convirtiéndose a partir de ella en la regla general (a la vista de los datos porcentuales ya referidos) la inadmisión mediante providencia, regla que sólo quebraba en aquellos supuestos en los que la Sección acordara la inadmisión no por acuerdo unánime, sino tan sólo mayoritario, en cuyo caso la inadmisión liminar había de acordarse mediante auto.

En su intervención ante la Comisión Constitucional del Congreso, el diputado popular Sr. Astarloa Huarte-Mendicoa insistiría en la gravedad de «la innecesidad de que el Tribunal Constitucional motive suficientemente las ra-

ziones por las cuales acepta o no, admite o no un amparo, sobre la base de la consideración de si ese amparo tiene o no relevancia constitucional», para añadir más adelante: «estoy hablando de algo que nos va a situar ante una posición digamos pintoresca, y es que esa providencia es recurrible –y lo dice la ley–, pueda recurrirla el Ministerio Fiscal, que tendrá que recurrir sin conocer los motivos por los cuales el Tribunal Constitucional ha tomado la decisión de admitir o inadmitir»⁽⁵⁴⁾. En un momento posterior, el propio diputado aducía: «Lo que nosotros decimos es que si el Tribunal Constitucional decide si algo tiene o no relevancia constitucional sin explicarle a nadie cuál es su criterio sobre cuándo una cosa tiene relevancia constitucional y cuándo no, ni siquiera al Fiscal que tendrá que recurrirlo si lo estima oportuno, es una pésima solución jurídico-constitucional para esta materia...»⁽⁵⁵⁾.

El Grupo Parlamentario Popular en el Senado insistiría en esta posición, y en su enmienda n.º 29 reiteraría la necesidad de que las decisiones de inadmisión adoptaran la forma de auto, introduciéndose como novedad la propuesta de que los autos de inadmisión pudiesen ser recurridos en súplica no sólo por el Ministerio Fiscal, sino también por la parte demandante. En el Pleno de la alta Cámara, el senador popular Sr. Gutiérrez González aduciría que lo que estaba –realmente en juego con la existencia o no de fundamentación en la decisión de inadmisión a trámite era el art. 24 de la Constitución⁽⁵⁶⁾.

La doctrina que se ha pronunciado en torno a esta cuestión se manifiesta dividida, aunque sea mayor el número de autores que se muestra acorde con la redacción dada al nuevo art. 50.3 LOTC. Así, García Roca no sólo consideraría cabal la solución, sino que, a la vista del texto del Proyecto (que, como antes se dijo, acogía un cierto mandato al Tribunal para que se limitara a especificar el requisito incumplido en la providencia de inadmisión), mostraba su esperanza en que el Tribunal Constitucional, por un exceso de prudencia, no devalúe la eficacia de la reforma, «como hizo en 1988 al inventarse unas providencias motivadas, sin tradición alguna en nuestro ordenamiento, que la ley no contemplaba y que precisamente por eso llamó providencias»⁽⁵⁷⁾. También Mendizábal Allende juzgaba correcto el regreso al concepto de «providencia» tradicional en nuestro Derecho, que elude los razonamientos jurídicos. Su motivación escueta en el caso de la inadmisión no puede ser otra que la falta de uno o varios de los requisitos para la

(54) DSCD, Comisiones, VIII Leg., n.º 769, 5 de marzo de 2007, p. 13.

(55) *Ibidem*, p. 22.

(56) DSS, Pleno, VIII Leg., n.º 121, 9 de mayo de 2007, p. 7443.

(57) Javier GARCÍA ROCA, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», *op. cit.*, p. 43.

viabilidad⁽⁵⁸⁾. En igual sentido, para Díez-Picazo, en la medida en que la inadmisión haya de ser motivada, cualquier reforma del trámite de admisión no resolverá el problema de la avalancha de amparos⁽⁵⁹⁾.

Matizada sería la crítica de Ortiz Úrculo, quien, tras considerar que la resolución de todas las inadmisiones por providencia parece que simplificará la tramitación y la celeridad de este proceso constitucional, se preguntaba: ¿cómo se especificará el requisito incumplido, se limitará el Tribunal a citar el artículo infringido o explicará, aunque sea sucintamente, cómo se ha producido la infracción? ¿Se explicará por qué carece el recurso de especial trascendencia constitucional o bastará con indicar la carencia de esta circunstancia? Del contenido de esas providencias –decía finalmente Ortiz Úrculo– dependerá la mayor o menor dificultad para el Ministerio Fiscal en la interposición del recurso de súplica, pues siempre es más complicado recurrir algo que no está fundamentado que aquello que contiene algún argumento⁽⁶⁰⁾. Más crítico se iba a mostrar Crespo Barquero⁽⁶¹⁾, para quien en materia de garantías la reforma del trámite de admisión del amparo ofrece motivo para la duda en lo que se refiere a la «imperativa eliminación de la motivación de la providencia de inadmisión» (el autor refería su comentario al texto del Anteproyecto). «Me pregunto –razonaba el propio autor más adelante– si la eliminación absoluta y obligada de cualquier clase de motivación individualizada, que, inevitablemente, reduce el nivel de calidad de la respuesta que obtiene el justiciable, se compensa con alguna ventaja proporcionalmente suficiente. Entiendo que no, o por lo menos que no está claro en el texto de la norma». En fin, para Cruz Villalón⁽⁶²⁾, el hecho de que la inadmisibilidad no sea motivada dificulta una doctrina sobre la admisibilidad. En otro momento, el propio autor señala: «Un manque de déclaration de recevabilité par défaut de spéciale transcendance constitutionnelle devrait être... du moins, mieux expliqué que par la déclaration d'une évidente absence de tout fondement à -l'allégation de vulnération d'un certain droit ou liberté»⁽⁶³⁾.

(58) Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., pp. 105-106.

(59) Luis María Díez-PICAZO, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., p. 41.

(60) Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 107.

(61) Pedro CRESPO BARQUERO, en *Ibidem*, p. 107.

(62) Pedro CRUZ VILLALÓN: «La réforme de la justice constitutionnelle...», op. cit., p. 727.

(63) *Ibidem*, p. 728.

Llegados aquí, hemos de hacer algunas reflexiones propias. Ante todo, nos parece por entero lógico que la reforma haya mantenido la forma de providencia para las decisiones de inadmisión de los recursos de amparo, por lo menos cuando éstas son adoptadas por acuerdo unánime, o incluso mayoritario, de los miembros de una Sección. Hubiera sido un absoluto contrasentido que una reforma que pretende dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para que el Tribunal pueda cumplir con los objetivos que constitucionalmente se le asignan, diera un paso atrás respecto a la reforma de 1988 y retornara a la exigencia del texto inicial de la LOTC, de inadmitir mediante auto motivado. Por otro lado, en modo alguno creemos que la falta de motivación de una providencia de inadmisión pueda lesionar derechos del recurrente de amparo ex art. 24 CE. Ya hemos tenido oportunidad de señalar, y no insistiremos en ello, que el art. 24 CE viene referido al acceso a los jueces y tribunales, esto es, a los órganos del Poder Judicial del Estado, de los que queda al margen el Tribunal Constitucional, y también hemos indicado que el art. 53.2 CE posibilita una objetivación del amparo, con lo que ello entraña respecto de esta cuestión.

Dicho lo que antecede, hemos de convenir en que, aun siendo partidarios, en último término, de una fórmula semejante a la del certiorari, parece razonable entender que aunque se pueda, y quizá se deba, llegar a ello con el paso del tiempo, tal proceso evolutivo debe atravesar unas etapas, y muy posiblemente una de ellas, por lo que ahora atañe, sea la de que el Tribunal pueda sentar una doctrina en torno a lo que se ha de entender por «especial trascendencia constitucional». A través de la misma, es muy posible que, paulatinamente, se pueda ir logrando desincentivar a posibles recurrentes de amparo. Que la forma de la decisión de inadmisión sea una providencia y que sea deseable que el Tribunal no desnaturalice tal previsión, a través de la habitual fundamentación de aquélla, como sucediera tras la reforma de 1988, no obsta, a nuestro juicio, para que, por lo menos en un primer momento, pueda proceder a motivar de modo sucinto sus decisiones al objeto antes señalado de poder fijar una más que conveniente doctrina sobre lo que el Tribunal interpreta por «especial trascendencia constitucional». Sentada tal doctrina, habría que entender que al Tribunal le bastaría en la generalidad de los casos con «especificar el requisito incumplido» a la vista de la doctrina ya fijada.

Es en coherencia con lo que acabamos de decir, por lo que nos parece que una fórmula imperativa como la utilizada por el art. 50.3 del texto del Proyecto («las providencias... se limitarán...») era por entero rechazable. En el propio concepto de «providencia» ya late la inexistencia de fundamentación, por lo que no se ve la necesidad de compeler imperativamente al Tribunal a que no lleve a cabo ningún tipo de motivación. Ciertamente, como ya se dijo, del art. 50.3 se ha «limado» tan drástica exigencia, pues la dicción final del mismo («las providen-

cias... especificarán...») ya no impide algún tipo de motivación. De hecho, la semejanza de esta determinación con la dicción del texto anterior del art. 50.2 LOTC («la providencia..., que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso...») es manifiesta, y ya se ha dicho que esta última previsión no impidió una cierta motivación de las providencias de inadmisión en los años subsiguientes a 1988. Con todo, la reforma de 2007 no deja de encerrar notables contradicciones, y en lo que ahora interesa, una de ellas la encontramos en el tenor de la Disposición transitoria tercera: «La admisión e inadmisión de los recursos de amparo cuya demanda se haya interpuesto antes de la vigencia de esta Ley Orgánica se regirá por la normativa anterior. No obstante, la providencia de inadmisión se limitará a expresar el supuesto en el que se encuentre el recurso». Es evidente que esta redacción casa a la perfección con la del art. 50.3 del texto del Proyecto de ley, pero también es claro que parece encajar mal con el tenor del mismo precepto del texto definitivo de la ley. Es cierto que la incongruencia puede encontrar una razón de ser: en cuanto que estos recursos se rigen por la normativa anterior, su inadmisión nada tendrá que ver con la falta de «especial trascendencia constitucional», sino con unos supuestos de inadmisión sobre los que existe sobrada jurisprudencia, lo que exonera al Tribunal de tener que detenerse en una doctrina ya muy consolidada.

Una última reflexión hemos de hacer. Si nada hay que objetar acerca de la exigencia de simple providencia cuando es la Sección la que decide la inadmisión, pues es obvio que aunque el art. 50.1 LOTC contemple en positivo el trámite de admisión, si por unanimidad o por mayoría la Sección entiende inadmisión el recurso, ese acuerdo habrá de plasmarse en una providencia de inadmisión, contemplada de modo específico por el art. 50.3 LOTC, parece, por el contrario, como mínimo discutible que valga asimismo la providencia para las decisiones de inadmisión que tengan su origen en una Sala. Piénsese que la intervención de una Sala en estos supuestos encuentra su razón de ser en que la admisión a trámite ha obtenido un acuerdo mayoritario en la Sección, es decir, dos de los tres magistrados integrantes de la Sección se han inclinado por admitir a trámite el recurso, lo que, como mínimo, presupone que existen algunos argumentos de peso en favor de la admisibilidad. Es por ello por lo que, aun cuando la fórmula no deje de encerrar una cierta contradicción con el espíritu de la reforma, a efectos de una mayor garantía, el art. 50.2 dispone el traslado de la decisión a la Sala respectiva. Pues bien, en este supuesto creemos que hubiera sido conveniente que la Sala diese la forma de auto motivado al pertinente acuerdo de inadmisión.

Por lo demás, como ya ha quedado reflejado en algunos de los juicios expuestos, la falta de motivación de las decisiones de inadmisión no dejará de plantear problemas para que el Ministerio Fiscal tenga posibilidades reales de discernir si una providencia de inadmisión debe ser recurrida en súplica. El hecho de que

este recurso sea algo muy poco frecuente, como revela la experiencia, en nada disminuye la disfuncionalidad advertida. En cuanto a la propuesta de que la providencia de inadmisión pueda ser recurrida también por la parte demandante, no nos parece en absoluto de recibo.

III. Un último punto objetado por algún sector de la doctrina ha sido el relativo a la avocación a la Sala de la decisión de admisión a trámite a la que se refiere el art. 50.2 LOTC, esto es, en el supuesto de que, habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad en la Sección. Crespo Barquero, aun admitiendo que tal fórmula supone sin duda un incremento de las garantías y un refuerzo de la unidad de criterio en materia de admisibilidad, aduce que la misma presenta un aspecto aparentemente contradictorio con lo que es una de las prioridades de la reforma, esto es, la búsqueda de una mayor agilidad en la actividad del Tribunal, descargando precisamente de trabajo sus formaciones más completas (Pleno y Salas) hacia las más reducidas (Salas y Secciones)⁽⁶⁴⁾. En pura lógica, no le falta razón al mencionado autor, pues con esta avocación se sobrecarga el trabajo de las Salas. A nuestro modo de ver, la avocación que nos ocupa no responde tanto a una finalidad garantista, de incremento de las garantías, cuanto más bien a la pretensión de establecer un filtro más dificultoso de traspasar para la admisión de los recursos de amparo, pero, razonablemente, hay que presuponer que en un supuesto como el contemplado por el art. 50.2 LOTC, en el que la admisión a trámite ha obtenido el apoyo de dos de los tres miembros de la Sección, la Sala habrá de realizar un examen detenido del recurso, pues, en principio, como ya se ha dicho, habría que entender que tal recurso presenta una apariencia de trascendencia constitucional. Ello casa mal con la agilidad que el legislador ha pretendido dar al trámite de admisión. Además, en un caso como éste se acentúan algunos de los aspectos problemáticos a los que hemos aludido en líneas previas: la contaminación que puede suponer el ejercicio de esta facultad de selección llevada a cabo por la Sala en relación a su función juzgadora ulterior, en el caso, como es obvio, de que el recurso sea admitido a trámite. De igual forma, no nos parece lógico, como ya hemos señalado, que en un supuesto así la Sala pueda decidir la inadmisión mediante una mera providencia.

Objeciones al margen, no puede por menos de reconocerse que la innovación es menos radical de lo que pudiera parecer, y ello por cuanto la práctica del Tribunal nos muestra que al igual que es el Pleno quien viene interviniendo a la hora de decidir sobre la admisión de asuntos de su competencia, también las Salas han comenzado a intervenir en relación con la admisión a trámite de algunos recursos

⁽⁶⁴⁾ Pedro CRESPO BARQUERO, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., p. 98.

de amparo. Estas intervenciones de uno y otro órgano del Tribunal tenían, por lo demás, plena cobertura legal ya antes de la reforma. El Pleno, con base en la facultad de avocación que le reconocía el art. 10, k) del texto anterior de la LOTC [hoy, el art. 10.1, n) de la propia ley]. Las Salas, con apoyo en el art. 11.2 LOTC, que no ha sido objeto de reforma y a cuyo tenor: «También conocerán las Salas de aquellas cuestiones que, habiendo sido atribuidas al conocimiento de las Secciones, entiendan que por su importancia deba resolver la propia Sala». Es en atención a esta práctica del Tribunal Constitucional por lo que Fernández Farreres ha podido afirmar⁽⁶⁵⁾ que la reforma en este punto viene a consagrar legislativamente los criterios que ha adoptado el propio Tribunal.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, además de en las previsiones ya comentadas, ha tenido su reflejo en el art. 8 LOTC, que, en relación a la cuestión que ahora nos ocupa, la admisión a trámite, ve modificado su apartado primero, que queda redactado como sigue: «Para el despacho ordinario y la decisión “o propuesta, según proceda”, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de “procesos constitucionales”, el Pleno y las Salas constituirán Secciones compuestas por el respectivo presidente o quien le sustituya y dos magistrados». Las reformas quedan recogidas en las expresiones entrecomilladas, siendo bien significativa, en orden a lo que ahora interesa, la introducción de la frase «o propuesta, según proceda», lo que deja inequívocamente claro que no en todos los asuntos asumirán las Secciones la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un proceso constitucional, expresión esta última que sustituye a la anteriormente utilizada de «los recursos». En la misma dirección, complementando la previsión del art. 8.1, el inciso primero del nuevo art. 8.2 dispone: «Se dará cuenta al Pleno de las propuestas de admisión o inadmisión en asuntos de su competencia».

Con una perspectiva radicalmente antitética, y a nuestro juicio absolutamente ilógica e inconsistente, Viver Pi-Sunyer⁽⁶⁶⁾ ha criticado el modelo seguido por la ley de reforma de atribuir a las Secciones la decisión de admisión. Quien fuera Vicepresidente del Tribunal, a la vista del extraordinario relieve que, a su juicio, adquiere en este modelo la decisión de admisión, cree que esta tarea, con el filtro previo de las Secciones o de las Salas, debía corresponder al Pleno. El sinsentido de que el Pleno admita un recurso para que después se pronuncie sobre el fondo del mismo una Sala o una Sección me parece evidente. Todo ello al margen ya de

(65) Germán FERNÁNDEZ FARRERES: «Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación...», op. cit., p. 40.

(66) Carles VIVER PI-SUNYER, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 114.

la carga de trabajo adicional que ello supondría para el órgano respecto del cual, a través del principio de desconcentración, el legislador ha pretendido descargar de trabajo. Pensar en que el Pleno pueda cumplir esa función con un mínimo de rigor, dedicando a la misma un día cada seis meses, como argumenta Viver, nos parece una propuesta de ciencia ficción. En una dirección semejante, aunque no tan extrema, Borrajo se ha mostrado favorable a que la admisión del recurso de amparo quedara confiada a las Salas, debiendo limitarse las Secciones a la inadmisión⁽⁶⁷⁾, lo que entrañaría que ni tan siquiera por acuerdo unánime de sus miembros pudiera la Sección admitir a trámite un recurso de amparo.

IV. Hemos de hacernos eco de una última cuestión, abordada más o menos tangencialmente por un amplio sector de la doctrina. ¿Puede hablarse de que la fórmula con la que la ley resuelve la decisión de admisión es equiparable a un certiorari? Un buen número de autores concuerda en que la fórmula legal abre un camino que puede concluir en el certiorari⁽⁶⁸⁾. Para otros autores⁽⁶⁹⁾, la introducción del requisito de la «especial trascendencia constitucional» de la demanda de amparo supone de alguna forma la incorporación a nuestra jurisdicción constitucional de una cierta regla de actuación próxima al writ of certiorari. Incluso se ha llegado a decir con algún fundamento, según entiende Fernández Farreres⁽⁷⁰⁾, que

(67) Ignacio BORRAJO INIESTA, en *Ibidem*, p. 96.

(68) Así, Crespo ve evidente que el art. 50.1, b) LOTC, auténtica piedra de toque de la reforma, abre camino –siempre a salvo de la aplicación que pueda hacer el propio Tribunal– hacia el certiorari. Pedro CRESPO BARQUERO, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 99. También Viver considera que las modificaciones introducidas en la regulación de la admisión del recurso de amparo permiten avanzar –aunque no lo consagren– hacia un modelo de certiorari, que tarde o temprano va a tener que adoptarse. Carles VIVER PI-SUNYER, en «Respuestas a la encuesta», en *Ibidem*, p. 114. Asimismo, Espín ve, con la solución adoptada por el Anteproyecto (que básicamente ha quedado reflejada en la ley), un evidente intento de aproximar la regulación española a la concepción anglosajona «de condicionar el conocimiento de un recurso a la obtención de un certiorari». Eduardo ESPÍN TEMPLADO: «Comentarios al Anteproyecto...», op. cit., p. 29.

(69) Marc CARRILLO, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», op. cit., p. 38. Cascajo considera a su vez que, desde una perspectiva realista, la fórmula permitirá al Tribunal Constitucional contar con un equivalente al writ of certiorari. José Luis CASCAJO CASTRO, en «Respuestas a la encuesta», en *La reforma de la justicia...*, op. cit., p. 97.

(70) Se refiere Fernández Farreres a Juan Luis Requejo Pagés, quien en el debate subsiguiente a la exposición de su ponencia sobre *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2005, manifestaba (p. 41): «Para desconuelo de sus críticos, he de decir que el certiorari ya existe. El Tribunal admite lo que quiere, porque todo lo que el Tribunal inadmite por el art. 50.1, c) LOTC –obviamente, del texto previo a la reforma– (carencia manifiesta de contenido) no son más que desestimaciones anticipadas, de

el certiorari existía de hecho ya con anterioridad a la reforma de 2007, por cuanto la realidad es que el Tribunal venía resolviendo el trámite de admisión con un amplísimo margen de decisión.

A nuestro juicio, que, «de facto», la cláusula atinente a la carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la demanda del art. 50.1, c) del texto anterior de la LOTC, haya posibilitado un amplísimo margen decisorio del Tribunal respecto al trámite de admisión del amparo, como también que ese margen se vea claramente incrementado tras la reforma, de resultas de la exigencia de «especial trascendencia constitucional», puede aproximar la actuación del Tribunal Constitucional a la propia de un órgano jurisdiccional ubicado en un sistema procesal que cuente con el writ of certiorari, pero no creemos que, en rigor, ello permita hablar de que un sistema tal ha sido implantado entre nosotros. El art. 50.1, b) LOTC, en su nueva versión, facilita al Tribunal unos parámetros, todo lo amplios que se quieran, aunque no por ello -dejan de ser criterios a los que el Tribunal deberá atender para apreciar si el recurso de amparo cuya admisión a trámite se pretende presenta esa «especial trascendencia constitucional», y siendo ello así, la discrecionalidad tiene límites. -Ahora bien, no nos cabe duda de que con la reforma se ha dado un paso muy significativo en la dirección del modelo propio del certiorari, al que podría llegarse en un futuro más o menos próximo, sobre todo si la nueva reforma del amparo, como muchos sostienen, no da el resultado pretendido. Llegar al certiorari es una aspiración razonable, que particularmente hacemos nuestra, y que, a nuestro juicio, no encuentra obstáculos significativos, ni mucho menos insalvables, pese a que, como es de sobra conocido, el writ of -certiorari sea una fórmula surgida y arraigada en sistemas jurídicos de common law⁽⁷¹⁾.

suerte que ese artículo opera como la válvula que le permite inadmitir lo que no interesa». Germán FERNÁNDEZ FARRERES: «Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica...», op. cit., p. 55 y p. 55, nota 17.

(71) Sobre el writ of certiorari en los Estados Unidos, cfr. el capítulo II de nuestro libro, de próxima publicación, *La justicia constitucional: Estados Unidos, Francia, Europa, América Latina, España*, Editorial Dykinson, capítulo relativo a «La obsolescencia de la bipolaridad “modeloamericano-modelo europeo kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad», punto 3, E).

A REPERCUSSÃO GERAL COMO PRESSUPOSTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

“Con la aparición de jueces y tribunales constitucionales la democracia de la ley, es decir, la democracia parlamentaria, ha sido sustituida por la democracia judicial. La ley puede ser invalidada o validada según el criterio de los jueces constitucionales. La decisión final ya no la tienen los parlamentos. La voluntad popular encuentra así un dique en los jueces constitucionales”.

LUIS FERNANDO TORRES,
Legitimidad de la Justicia Constitucional.
Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2003, pp. 30-31 e ss.

IVO DANTAS (*)
(Brasil)

SUMÁRIO: 1. Preliminares. O art. 102, III, d da Constituição Federal. 2. A Arguição de Relevância prevista na EC 7/77 e a Medida Provisória n. 2.226, de 4.9.2001 como precedentes da repercussão geral na EC 45/2004. O STF e a Doutrina. 3. A repercussão geral no Recurso Extraordinário prevista no art. 102 §3º da EC 45/2004 da CF e a Lei nº 11.418/06. 4. A Emenda Regimental nº 21 do Regimento Interno do STF. 5. Nossa posição.

(*) Professor Titular (antigo Catedrático) da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Doutor em Direito Constitucional - UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE. Ex- Diretor da Faculdade de Direito do Recife - Juiz Federal do Trabalho - (aposentado).

1. PRELIMINARES. O ART. 102, III, D DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em última análise, o *Controle Incidental ou Difuso da Constitucionalidade* no sistema brasileiro⁽¹⁾, tem como único caminho para chegar ao STF, o denominado *Recurso Extraordinário*⁽²⁾, o qual, ao longo de nossa História, desde sua introdução com a Proclamação da República, tem sofrido diversas configurações.

Inicialmente, cabe trazer à colação o ensinamento de Castro Nunes em seu clássico livro *Teoria e Prática do Poder Judiciário*⁽³⁾ quando em capítulo intitulado *Do Recurso Extraordinário (1. Razão de ser do recurso extraordinário)*, escreve que “a necessidade de uma instância de superposição com autoridade constitucional para cassar os julgados trespalhados da observância da lei e imprimir à jurisprudência uma direção uniforme não é peculiar aos regimes federativos, embora tenha nestes maior alcance e significação, porque da partilha de poderes entre a União e os Estados resulta um problema que nos Estados unitários não existe, o da legislação e jurisdição separadas, levando à possibilidade de colisões que, sem aquele controle supremo, ficariam sem remédio, reduzidas a *letra morta* a Constituição e as leis federais e comprometida a segurança dos direitos, a paz social e a existência mesma da União.

Ninguém o disse melhor, entre nós –continua–, do que o eminente sr. Epitácio Pessoa, então ministro do Supremo Tribunal: ‘Reconhecida a soberania da União e proclamada a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da Repúbli-

(1) Veja-se, a propósito, as considerações que são feitas por Arruda Alvim em seu *Manual de Direito Processual Civil – Volume 1 – Parte Geral* (9ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora RT, 2005, p. 170-200.

(2) A bibliografia a seguir, mesmo anterior à EC 45/2004, serve para esclarecer diversos pontos relacionados ao instituto: Raul Armando Mendes, *Da Interposição do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984; Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.), *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 1997; Sálvio De Figueiredo Teixeira (Coord.), *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991; Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues, *Recursos da Nova Constituição*. 3ª edição, São Paulo: Editora RT, 1997; José Afonso Da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1963; Samuel Monteiro, *Recurso Especial e Extraordinário*. São Paulo: Hemus Editora, 1992; Samuel Monteiro, *Recurso Extraordinário e Arguição de Relevância*. 2ª edição, São Paulo: Hemus Editora, 1988, Ulderico Pires Dos Santos, *Teoria e Prática do Recurso Extraordinário Cível*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; Irineu Antônio Pedrotti, *Recursos Constitucionais*. São Paulo: Leud, 1991. Ao longo do capítulo estaremos apresentando comentários de nossa autoria sobre as leis 11.417 (*Súmula Vinculante*) e 11.418 (repercussão no Recurso Extraordinário), ambas de 19.12.2006, enquanto que, ao final do capítulo estamos anexando uma *Bibliografia Complementar* composta por livros e artigos sobre a denominada *Reforma do Judiciário (EC 45/2004)*.

(3) Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1943, p. 309-310.

ca, forçoso é colocar essas leis sob a proteção de um tribunal federal que lhes possa restabelecer a supremacia quando desconhecida ou atacada pela magistratura dos Estados. Conferir às justiças independentes de 21 Estados autônomos o direito de julgar sem recurso da validade ou aplicabilidade dos atos do Poder Legislativo da Nação, seria lançar a maior confusão e obscuridade na legislação, enfraquecer as garantias que ela proporciona às liberdades individuais, perturbar as relações que ela regula e por último quebrar a unidade nacional, que encontra na unidade do direito um dos seus mais sólidos esteios’.

A essa consideração superior —prosegue Castro Nunes agora com suas próprias palavras— cede o princípio da autonomia estadual. Na colisão entre um e outro, entre a autoridade judicante dos Estados e a necessidade de preservar a autoridade, a eficácia e a unidade do direito federal, prevalece este último princípio, que tem no recurso extraordinário o instrumento adequado àqueles fins e exterioriza, na esfera judiciária, a supremacia da União no mecanismo federativo.

No atual regime, a redução do federalismo, a preponderância acusada dos fins nacionais no arranjo federativo, a unificação judiciária no plano estadual, a dilatação da esfera legislativa da União assinam ao recurso extraordinário um sentido político ainda mais expressivo e uma compreensão muito mais vasta do que sob as anteriores Constituições⁽⁴⁾.

A análise da evolução histórica do *Recurso Extraordinário* em nosso sistema, não é possível ser examinada em sua inteireza, pois iria além dos limites de nossos objetivos neste momento⁽⁵⁾. Assim, com base em José Afonso Da Silva, traremos à colação seus primeiros instantes, sobre os quais afirma o referido autor⁽⁶⁾: “Proclamada a República brasileira e instituída, entre nós, a forma de Estado Federal, houve necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do

(4) Ob. cit. p. 310. Vale lembrar a data da edição do livro, ou seja, 1943, mas que não retira a atualidade da lição. Aconselhamos a leitura de todo o capítulo de Castro Nunes, até porque ele faz incursões pelo Direito Estrangeiro e *Recursos Similares*, apontando as diferenças entre o nosso Recurso Extraordinário, o *recurso de cassação (pouvoir de cassation)*, com a revista e com a ação rescisória.

(5) Sobre os aspectos históricos e os modelos estrangeiros, consultem-se: José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) – Vol. V (arts. 476 a 565)*. 12ª edição revista e atualizada (inclusive de acordo com o novo Código Civil e com a Emenda Constitucional nº 45), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 577-628; José Afonso Da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro* (São Paulo: Editora RT, 1963, p. 3-114), bem como Osmar Mendes Paixão Côrtes, *Recurso Extraordinário – Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro* (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005).

(6) Ob. cit., p. 29-30.

Direito federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Recorreu-se, então, ao velho *writ of error* do Direito anglo-americano⁽⁷⁾. Traduziu-se, quase literalmente, as disposições do *Judiciary act* e leis posteriores, que regulavam o instituto. Desprezou-se o *recurso de revista* do Direito luso-brasileiro, que a Constituição Política do Império acolhera no seu art. 164, n. 1, quando estipulou que, ao Supremo Tribunal de Justiça, criado no art. 163, competia conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinasse⁽⁸⁾, e que se destinava “à defesa da lei em tese e ao respeito do seu império, de seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes”, Ora, até certo ponto, é essa também a destinação do *Writ of error* e do nosso Recurso Extraordinário.

Já tínhamos, portanto –continua José Afonso–, na tradição do Direito nacional, um recurso que, devidamente adaptado às necessidades da Federação, poderia transformar-se no atual Recurso Extraordinário, sem precisar recorrer ao Direito Americano. Mas, na época, as instituições americanas constituíram-se em modelo para as brasileiras. É compreensível que se tenha de lá tirado, também, o Recurso Extraordinário. Transplantou-se o recurso, mas não se podia transplantar uma tradição jurisprudencial e doutrinária que, na América do Norte, lhe dera base segura e aprimorada, para a Federação americana. E, como sempre acontece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão, o que certamente não ocorreria se proviesse de uma evolução da revista” – conclui⁽⁹⁾.

Deixando de lado a *História do Recurso Extraordinário* (em razão de nossos limites neste estudo), a vigente Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, com a redação dada pela EC 45/2004, assim prescreve sobre o instituto:

“Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I –

II –

(7) Vale lembrar que todo o nosso modelo constitucional de 1891 foi diretamente influenciado pelo modelo americano, graças às concepções de Rui Barbosa.

(8) Ver Regulamento 737 de 1850, arts. 665 e 667. Observação feita pelo autor no seu texto, em pé de página.

(9) Sobre *Recepção Legislativa ou Circulação de Modelos*, veja-se nosso livro *Direito Constitucional Comparado – vol. I – Teoria do Direito Comparado. Introdução. Teoria. Metodologia*. 2ª edição totalmente revista, aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, cap. VI.

III – julgar, *mediante recurso extraordinário*, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida⁽¹⁰⁾:

- a) – contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) - *julgar válida lei local contestada em face de lei federal*” ⁽¹¹⁾.

Sob o ângulo procedimental do *controle de constitucionalidade* é de destacar-se a redação dada pela referida EC 45/2004 ao art. 102 § 2º, e o acréscimo do § 3º, nos seguintes termos:

“§ - 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, *nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual*, produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁽¹²⁾.

“§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei**, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, *somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*”⁽¹³⁾.

Em relação ao § 2º, no tocante à *eficácia contra todos e ao efeito vinculante*, cumpre lembrar que na redação dada pela EC nº 3/93, só se referiam à Ação Declaratória de Constitucionalidade, até que a Lei nº 9.868/99 estendeu-os à ADIN em seu art. 28 parágrafo único, cuja redação era a seguinte:

“Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de

(10) Itálico nosso.

(11) Alínea *d* acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, de 8.12.2004 e publicada no Diário Oficial da União em 31.12.2004. Negrito nosso.

(12) Segundo alguns, a expressão correta seria *efeito vinculatório* e não *vinculante*.

(13) Itálicos nossos.

inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Cabe deixar bem claro, pela ordem cronológica, o seguinte:

- a) - pelo art. 103 § 2º, na redação dada pela EC nº 3/93, só a *Ação Declaratória de Constitucionalidade* era portadora de *eficácia contra todos e efeito vinculante*;
- b) - a Lei nº 9.868/99 em seu art. 28 parágrafo único estendeu a *eficácia contra todos e efeito vinculante*, de forma absurda, às *ações diretas de inconstitucionalidade* – o que, em nosso entender, não poderia tê-lo feito;
- c) - a EC 45/2004 ao art. 102 § 2º, determinou que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, *nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual*, produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Com este alargamento propiciado pela EC 45/2004 afastou-se qualquer possibilidade de dúvidas quanto à inconstitucionalidade de que era portador o art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99, enquanto quem, por outro lado, aumentou-se e em muito, o poder concentrador do Supremo Tribunal Federal no tocante ao julgamento das *Ações de Controle Concentrado*.

2. A ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA PREVISTA NA EC 7/77 E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.226, DE 4.9.2001 COMO PRECEDENTES DA REPERCUSSÃO GERAL NA EC45/2004. O STF E A DOUTRINA

Enquanto o § 2º trouxe determinações relacionadas à *eficácia contra todos e efeito vinculante* no julgamento das *Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade*, o § 3º ao inserir a **repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei**, aponta para um pressuposto formal do *Recurso Extraordinário*, dividindo a Doutrina quanto à existência, ou não, de precedente na própria História Constitucional Brasileira.

Em outras palavras: a **repercussão geral** de acordo com o entendimento de alguns autores, não se trata de nenhuma novidade, visto que corresponderia à

argüição de relevância introduzida no sistema brasileiro pela EC nº 7, de 13 de abril de 1977, ao texto de 67-69, a qual, como lembra Raul Armando Mendes (*Da Interposição do Recurso Extraordinário* ⁽¹⁴⁾) “surgiu de elaboração no próprio seio do Supremo Tribunal Federal, quando da emenda regimental de 28 de agosto de 1963, sob a inspiração do saudoso e eminente Min. Hahnemann Guimarães, com a contribuição do eminente Min. Victor Nunes Leal, passando depois a ser texto constitucional, posta na Seção II do Capítulo VII da Constituição pela EC n. 7/1977”.

E mais adiante, continua o mesmo autor: “A inovação serve para afastar óbices regimentais ao conhecimento do recurso extraordinário. É apresentada juntamente com as razões do recurso, porém, não cabe ao juízo *a quo*, ou seja, ao Presidente do Tribunal *a quo*, manifestar-se sobre sua admissibilidade. Qualquer decisão desta autoridade que impeça a remessa da argüição ao Supremo Tribunal Federal enseja reclamação nos termos do art. 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”⁽¹⁵⁾.

A fim de facilitar a análise deste **precedente remoto**, vejamos a íntegra da EC 7/77, no tocante à matéria:

“Art. 119 -

§ 1º - As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

§ 3º - O regimento interno estabelecerá:

c) – o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da *argüição de relevância da questão federal*”.

Paulino Jacques (*As Emendas Constitucionais nºs 7, 8 e 9 Explicadas* ⁽¹⁶⁾) referindo-se ao art. 119 § 1º, escreve: “O ‘poder normativo’ atribuído ao Supremo, para indicar, no seu Regimento Interno, as ‘causas’ de que tratam a alínea *a* (contrariar dispositivo da Constituição Federal ou negar vigência de tratado ou lei

(14) São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 128.

(15) *Idem*, p. 128.

(16) Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, p. 19-20.

federal) e *d* (dar à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal), é louvável e está conforme a doutrina contemporânea da ‘estreita colaboração’ entre os Poderes do Estado, a fim de que este realize os seus altos fins de tutela e proteção em toda a plenitude. O dispositivo inclui, entre os pressupostos do exercício desse ‘poder normativo’, a ‘relevância da questão federal’, o que se compreende perfeitamente”.

Adiante, agora se referindo diretamente ao § 3º do art. 119, leciona: “As alterações são de forma (substituição de § único do art. 120 da Constituição Federal pelo § 3º supratrasladado, cujo *caput* passou a art. 119, com o neologismo ‘recursal’, em vez de ‘recursos’), salvo a ‘arguição de relevância da questão federal’, que foi inserida de conformidade com o estabelecido no § 1º, *in fine*.”

Demais, notamos que o legislador continua usando *pleonasticamente* a conjunção *e* entre a penúltima e a última alíneas *c* e *d* – desnecessária, como demonstramos em nossa ‘Constituição Explicada’, 2ª edição, Forense, 1968” – conclui Paulino Jacques.

Recentemente, e ainda com relação ao tema da *relevância*, Osmar Mendes Paixão Côrtes (*Recurso Extraordinário – Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*⁽¹⁷⁾) faz interessante observação ao afirmar que “a questão federal era tida como relevante, nos termos do art. 327 do RISTF, quando, pelos seus reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigisse a apreciação do recurso extraordinário. Era examinada na sessão do Conselho, no Supremo Tribunal Federal, previamente ao recurso propriamente dito.

Rodolfo de Camargo Mancuso –prosegue Paixão Côrtes– bem destaca que muito se questionou sobre a natureza jurídica da arguição de relevância, estando o tema, todavia, pacificado, na doutrina e jurisprudência, no sentido de que ‘não se tratava de recurso, e sim de um expediente que –pondo em realce a importância jurídica, social e econômica da matéria versada no recurso extraordinário– buscava obter o acesso desse apelo extremo no Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em princípio excluídas de seu âmbito’.

Muitas críticas foram feitas à arguição de relevância, que poderia levar à

(17) Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 238-239. Veja-se, igualmente, sobre o tema, Samuel Monteiro, *Recurso Extraordinário e Arguição de Relevância*. 2ª edição, São Paulo: Hemus Editora, 1988, e N. Doreste Baptista, *Da Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976; Arruda Alvim, *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 1988. Na Doutrina estrangeira, por todos, mencione-se Susana García Couso, *El Juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

absoluta discricionariedade do Supremo Tribunal Federal na apreciação do recurso extraordinário. E, de fato, dependendo da regulamentação dada pelo Supremo Tribunal Federal, havia risco de redução considerável das hipóteses de cabimento do recurso e esvaziamento da sua tradicional função relacionada à manutenção do federalismo. Mas consoante já anotado, um maior risco poderia advir do excesso de processos levados à apreciação da Suprema Corte⁽¹⁸⁾. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso fala da necessidade de filtragem dos processos: ‘De todo modo, parece indisputável que algum tipo de *controle, filtro ou filtragem*⁽¹⁹⁾ há de existir para o acesso às Cortes Superiores, quanto mais não seja ante a evidente desproporção entre o número de seus membros e o volume de processos que, de outro modo, ali aportariam, sem um critério distintivo ou regulador; outrossim, a singela alternativa do aumento do número de julgadores, sobre não resolver o problema, acarretaria a indesejável *macrocefalia* da estrutura do Poder Judiciário, *de per si* já bastante avantajada’, conclui Mancuso em citação trazida por Paixão Côrtes.

Em nosso entender a *arguição de relevância* pode ser vista como equivalente da denominada *repercussão geral*, sendo o *precedente mais próximo* do atual art. 102 § 3º da CF/88, a Medida Provisória n. 2.226, datada de 4.9.2001 e publicada no DOU em 5.9.2001⁽²⁰⁾, através da qual se inseriu na CLT o art. 896-A, nos seguintes termos:

“O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece *transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica*”.

Finalmente, vale mencionar-se a nova redação ao art. 896-A da CLT, nos seguintes termos:

“Art. 1º:

§ 1º - considera-se transcendência:

(18) Em nota de rodapé, Paixão Côrtes afirma que com estas palavras não está a defender o instituto. “Apenas –diz– tenta-se demonstrar os dois lados da moeda. Pelo contrário, tem-se que o valor que não deve, jamais, ser posto em risco por uma eventual discricionariedade judicial é a segurança jurídica, essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito” (p. 238).

(19) Sobre o tema, indicamos o livro de Paulo Ricardo Schier, *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

(20) Ainda hoje este artigo se encontra em vigor, consequência do que determinou o art. 2º da EC 32/2001, nos seguintes termos: “Art. 2º - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

I.- **jurídica**, o desrespeito patente aos direitos humanos, fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas;

II.- **política**, o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos;

III.- **social**, a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho;

IV.- **econômica**, a ressonância de vulto da causa em relação a entidade de direito público ou economia mista, ou grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial”.

Quer se use a expressão *Arguição de Relevância*, ou *Transcendência* ou ainda *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*, vale que se traga à colação a lição de Alfredo Buzaid, citado por Raul Armando Mendes⁽²¹⁾, quando definindo *Arguição de Relevância*, ensinava: “Convém salientar, antes de mais nada, que ‘a arguição de relevância não é outro recurso, que se deva apresentar em separado. Ao contrário, integra o recurso extraordinário, *é parte dele e só com ele pode ser deduzida. Apenas por medida de ordem pública –o fácil e pronto de seus fundamentos– exige o Regimento o destaque, mas na mesma petição, onde ocupará capítulo específico’.*

A relevância da questão federal –continua Buzaid– é um conceito novo no direito brasileiro, que a doutrina está elaborando cuidadosamente, posto que sem contar com os valiosos subsídios do Supremo Tribunal Federal, onde é julgada em sessão do Conselho, de cuja ata ‘constará apenas a relação das arguições não conhecidas, bem como das acolhidas e rejeitadas’ (Regimento Interno, art. 328, VIII). Doreste Baptista observa que ‘será relevante a questão federal quando o interesse no seu desate seja maior fora da causa do que propriamente dentro dela’. O eminente Min. Victor Nunes Leal, a quem cabe o mérito da criação desse instrumento para reduzir os encargos do Supremo Tribunal Federal, depois de assinalar as dificuldades de uma definição, observou: ‘Antes de tudo, a relevância para esse efeito, será apurada especialmente do ponto de vista do interesse público’” – conclui.

(21) *Da Interposição do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 128-129. Itálicos no original.

Pelas lições que traz sobre o tema, demos novamente a palavra a Raul Armando Mendes⁽²²⁾: “O Des. Barbosa Moreira diz ‘que a questão será relevante quando se reveste de *interesse público*, quando o seu desate se destina a repercutir necessariamente fora do âmbito estrito das relações entre as partes’ (Comentários ao Código de Processo Civil, 3. ed., Forense, v. 5, p. 656).

Diante desses precisos ensinamentos, conclui-se que é relevante a questão federal todas as vezes que a tese da controvérsia transcender o interesse de qualquer das partes para se situar no âmbito do interesse público.

Como exemplos citem-se: a aplicação da correção monetária em dívidas judiciais a partir da citação inicial ou da Lei n. 6.899/81. O Egrégio Conselho tem acolhido argüição no último sentido, a fim de que a instância *ad quem* recursal fique aberta ao conhecimento do recurso extraordinário, afastando, assim, o óbice regimental que tinha sido posto ao seu seguimento.

Também o Egrégio Conselho acolheu argüição levantada para superar o óbice regimental e ser o recurso examinado à luz do direito à reparação do dano moral”.

E prossegue Raul Armando Mendes: “Diz o Min. Moreira Alves: ‘O julgamento em tese da relevância, ou não, da questão federal é antes ato político do que, propriamente, ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas de verifica a existência, ou não, de um interesse que não é o do recorrente, mas que é superior a ele, pois o interesse federal de se possibilitar ao Tribunal Supremo do país a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica, social, econômica ou política da questão mesma em julgamento, abstraídos os interesses concretos das partes litigantes.

É, aliás, em virtude desse caráter político advindo do julgamento em tese que se explica e se justifica a circunstância de se admitir que a argüição de relevância da questão federal seja acolhida ainda quando a maioria do Tribunal se manifesta pela sua rejeição, e desde que essa maioria se forme com o mínimo de quatro votos em onze possíveis” (Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, ano XVI, n. 58 e 59, 1º e 2º sem. 1982 p. 48).

3. A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREVISTA NO ART. 102 § 3º DA EC 45/2004 DA CF E A LEI Nº 11.418/06

Na redação dada pela EC 45/2004, cremos que o ponto capital sobre o *Recurso Extraordinário*, diz respeito, exatamente, ao conceito de *repercussão geral* que

⁽²²⁾ Idem, p. 129-130.

a referida EC conferiu ao Congresso Nacional a incumbência de conceituá-la através de lei.

Para tal, foi aprovada a *Lei nº 11.418* (19.12.2006) que acrescentou à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, os arts. 543-A e 543-B.

Assim, de acordo com o *caput* do art. 543-A, “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”.

Logo em seguida, no § 1º do mesmo artigo se lê:

“Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Por sua vez, a *Emenda Regimental nº 21*, de 30 de abril de 2007 que altera “a redação dos artigos 13, inciso V, alínea *c*, 21, parágrafo 1º, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328 e 329, e revoga o disposto no parágrafo 5º do art. 321, todos do Regimento interno”.

Assim, prescreve a nova redação do art. 322 (RISTF):

“O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

Parágrafo único – Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”⁽²³⁾.

Neste emaranhado legislativo, um ponto no conceito de *repercussão geral* há de ser destacado, ou seja, em princípio, todo Recurso Extraordinário tem a **‘presunção’ da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, (daí não caber ao Tribunal *a quo* discuti-la), competindo apenas ao STF examinar a admissão do recurso, que somente poderá “*recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*”, de acordo com o art. 102 § 3º da CF.

⁽²³⁾ No site www.stf.gov.br existe um levantamento das matérias que o Supremo Tribunal Federal considera como portadora de *Repercussão Geral*.

Em artigo intitulado *Arguição de (Ir)relevância na Reforma do Poder Judiciário*⁽²⁴⁾, José Levi Mello Do Amaral Junior, destacando a expressão “*nos termos da lei*” contida no atual art. 102 § 3º, observa que “o Regimento Interno do STF –que tinha sob a Constituição de 1967, força de lei– disciplinou a arguição de relevância em seus arts. 327 a 329. Tais dispositivos não estão mais vigentes. Isso porque o texto constitucional originário de 1988 não previa a arguição de relevância (o Regimento Interno do STF não foi, portanto, recepcionado no particular) e porque os arts. 327 a 329 não foram expressamente reprivatizados (revigorados) pela Emenda nº 45, de 2004.

Ainda assim, o Regimento Interno do STF ajuda a compreender o instituto em seu formato atual. Ademais, será útil na elaboração da lei reclamada pelo novo § 3º do art. 102 da Constituição de 1988”.

E prossegue afirmando que⁽²⁵⁾ “o aspecto mais curioso da atual arguição de relevância é que ela *foi concebida do avesso*. Com efeito, trata-se de uma arguição de ‘irrelevância’. Em princípio, parece, presume-se a relevância. A irrelevância somente será reconhecida se neste sentido se manifestarem dois terços dos ministros (são necessários, no mínimo, oito votos para a configuração da irrelevância.

Vale destacar: ainda que o recorrente tenha o dever de ‘demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, o STF somente não conhecerá do recurso se acaso dois terços dos seus ministros julgar não haver relevância na matéria. Há, assim, uma presunção de relevância em favor do recorrente”.

Deste quorum de 8 Ministros discorda Sérgio Bermudes⁽²⁶⁾, ao doutrinar que “tal como manifestada no parágrafo, presume-se a repercussão geral, tanto assim que se exige quorum qualificado para negá-la. Em virtude dessa presunção, o juízo de admissibilidade de que cuida o parágrafo dependerá da manifestação de dois terços dos membros do tribunal. Entenda-se por *tribunal*, não o plenário da Corte, mas o órgão competente para o julgamento do recurso (no STF, uma das duas turmas, onde o terço, por aproximação, será de três ministros, ressalvados os casos de remessa de recurso ao plenário). Se este é o órgão competente para julgar o recurso, será dele a competência para o juízo de admissibilidade. Note-se que o

(24) In *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. ano II, nº 7 – Jan-Fev-Mar de 2005, p. 96.

(25) Artigo citado, p. 97.

(26) *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 57.

§ 3º não usou da linguagem do art. 97, onde a referência ao órgão especial leva à conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade dependerá do voto da maioria dos membros da Corte, se nela não houver órgão especial”⁽²⁷⁾.

Apesar de alguns aspectos positivos da medida, sobretudo face aos recursos abusivos, principalmente, da Administração Pública, em essência, parece-nos temerária a consagração de mais um *conceito indeterminado* no texto constitucional, a saber, “*repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*”.

De tudo o que foi dito, algumas questões deverão ser resolvidas pela lei a que se refere o comando constitucional, a saber:

- a) - O que será entendido por “*demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*”?
- b) - Será um critério meramente quantitativo (leia-se matemático e estatístico) que irá definir a *repercussão geral*?

Esta *repercussão geral*, a exemplo do que ocorre, por exemplo, com a questão do *prequestionamento* terá, obrigatoriamente, de estar explícita?

De todas as questões, a última, versando sobre a verdadeira compreensão do *requisito prequestionamento* é matéria que merece algumas palavras a seu respeito.

Em livro intitulado *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*, Teresa Arruda Alvim Wambier⁽²⁸⁾ tratando o tema, inclusive com valiosas lições de *Direito Estrangeiro*, escreve que “a noção de *prequestionamento*, como se sabe e como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que dizia respeito à *atividade das partes*. As partes é que ‘questionam’, discutem ao longo do processo sobre a questão federal ou constitucional.

A importância desta atividade das partes sempre foi uma constante na evolução do instituto.

A exemplo do que ocorria com o *writ of error* do direito americano, a Constituição Federal de 1891 mencionava que o recurso extraordinário seria cabível quando se questionasse sobre a validade ou incidência de tratados ou leis federais, e a decisão dos tribunais dos Estados fosse contra elas. Incorporou, assim, o texto constitucional, concepção corrente no direito norte-americano e no direito argentino, embora nesses países o recurso extraordinário não constasse nas respectivas Constituições.

(27) A propósito, determina o art. 543-A, § 4º do CPC com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.418/2006: “Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

(28) São Paulo: Editora RT, 2005, p. 264-265.

No que pertine ao *writ of error* do direito norte-americano –prosegue Wambier–, a norma que o instituiu era expressa no sentido de que a questão federal deveria ser inserida oportunamente e mantida até o julgamento. Kenneth F. Ripple ensina que, para que uma questão federal possa ser revista na Suprema Corte dos Estados Unidos, deve ser ajuizada de modo apropriado e assim mantida. Tal exigência existe, segundo o autor citado, para assegurar que a Corte do Estado tenha a plena oportunidade de resolver o caso dentro do seu território. Semelhantemente escreveu Cooley, autor segundo o qual, para a admissão do *writ of error*, ‘força é conste nos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no Tribunal do Estado e aí foi rejeitada’. Consoante noticiam Robert L. Stern, Eugene Greensman e Stephen M. Shapiro, a Suprema Corte nunca se desviou dessa interpretação, a não ser para estabelecer a presunção de que a questão federal terá sido introduzida de modo adequado se a Corte Estadual a tiver resolvido.

Vê-se, pois, que, no direito norte-americano, a atividade realizada pelas partes, perante a Corte local, é de suma relevância, devendo ser realizada de modo a proporcionar à referida Corte oportunidade para se manifestar acerca da *federal question*” – conclui Teresa Arruda Alvim Wambier em relação ao modelo americano⁽²⁹⁾.

De ressaltar-se é que o modelo constitucional dos Estados Unidos foi a *grande fonte* na qual Rui Barbosa inspirou-se para a elaboração de nossa Constituição de 1891, inclusive, quanto ao modelo do Supremo Tribunal Federal, francamente inspirado na estrutura da Suprema Corte.

(29) Vale a leitura do trabalho de Ademar Ferreira Maciel, *Restrição à Admissibilidade de Recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal*, in Adroaldo Furtado Fabrício (Coird), *Meios de Impugnação ao Julgado Civil. Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira* (Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32 e segs). De ressaltar-se é que o modelo constitucional dos Estados Unidos foi a *grande fonte* na qual Rui Barbosa inspirou-se na elaboração de nossa Constituição de 1891, sobretudo, quanto ao modelo do Supremo Tribunal Federal, francamente inspirado na estrutura da Suprema Corte. A propósito, consultem-se de Lêda Boechat Rodrigues as seguintes obras: *A Corte de Warren (1953-1969) Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; *História do Supremo Tribunal Federal – Tomo I / 1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; *História do Supremo Tribunal Federal – Tomo II / 1889-1910– Defesa do Federalismo*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; *História do Supremo Tribunal Federal – Tomo III / 1910-1926 – Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; *História do Supremo Tribunal Federal – Tomo IV – Volume I / 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

“O mesmo ocorreu – prossegue Teresa Alvim – no direito argentino com o *recurso extraordinário*. Também naquele país a lei que instituiu o recurso refere-se expressamente à existência da questão federal controvertida, em regra decorrente de controvérsia surgida entre as partes. Alude-se, no caso, ao ‘*planteamiento del caso constitucional o federal*’, figura correspondente ao prequestionamento realizado pelas partes, no direito brasileiro. Consoante expõe Rafael Bielsa, ‘el planteamiento del caso constitucional (o federal) puede ser muy anterior a la interposición del recurso. El planteamiento debe hacerse en cuanto surge la cuestión que dará la materia prima del recurso. Lo relativo al planteamiento no ha sido materia de ley, sino de jurisprudencia. Pero no por falta de base legal cierta deja de tener fundamento. Al contrario, el planteamiento en el litigio hace posible la controversia sobre el punto, sino la decisión que evita el recurso’. Mais adiante, o autor argentino volta a ferir o tema: “Es condición esencial, no solo en el recurso extraordinario, sino en toda actividad jurisdiccional del Poder Judicial (...), que haya contienda y, en consecuencia, decisión sobre la demanda’. Nada impide, contudo, ainda de acordo com Rafael Bielsa, que a questão federal ou constitucional surja na decisão recorrida, independentemente de provocação das partes. Desse modo, para a doutrina argentina, é requisito para o cabimento do *recurso extraordinário* a existência de uma questão federal ou constitucional, introduzida oportunamente perante as instâncias inferiores, questão esta que deverá ter sido decidida pela instância recorrida”⁽³⁰⁾.

Referindo-se aos *Recursos Extraordinário e Especial* no sistema nacional, escreve Alexandre Freitas Câmara⁽³¹⁾ que “estão eles sujeitos a um requisito específico de admissibilidade, que é o *prequestionamento* (da questão federal, no caso

(30) Ob. Cit. p 265-266. Com referências ao tema vejam-se os seguintes livros: Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984; Néstor Pedro Saqués, *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 4 volumes, 1989; Elías P. Guastavino, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, Tomos 1-2, 1992; Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984; Fernando N. Barrancos y Vedia, *Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional*. Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/d; Augusto M. Morello, *Actualidad del Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1995; Alejandro E. Ghigliani, *Del 'Control' Jurisdiccional de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

(31) *Lições de Direito Processual Civil*. 10ª edição, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002, pela Emenda Constitucional 45/2004 e pela nova Lei de Falência nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 132-133.

do recurso especial; da questão constitucional, no caso do recurso extraordinário). A ausência deste requisito (como, aliás, a ausência de qualquer requisito de admissibilidade dos recursos), levará a um juízo negativo de admissibilidade, impedindo-se, assim, a realização do juízo de mérito.

Por *prequestionamento* quer-se significar a exigência de que a decisão recorrida tenha ventilado a questão (federal ou constitucional) que será objeto de apreciação no recurso especial ou extraordinário. Em outros termos, não se admite que, no recurso especial ou extraordinário, se ventile questão inédita, a qual não tenha sido apreciada pelo órgão *a quo*.

Este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admitem o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra “causas decididas”. Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão *a quo*, para que possa ser apreciada no recurso excepcional. Omissa a decisão contra a qual se queira opor o recurso excepcional, faz-se necessária a interposição de embargos de declaração, com o fim de prequestionar a questão federal ou constitucional.

Deve, pois, haver prequestionamento, para que o recurso especial e o extraordinário possam ser admitidos.”

Tratando de *Embargos de Declaração e Prequestionamento*⁽³¹⁾, Roberto Luis Luchi Demo faz interessantes comentários, como se vê: “Prequestionamento é a apreciação da matéria federal ou constitucional que será questionada no recurso especial ou extraordinário. Por isso, *a priori*, ocorre tão-somente em acórdão (decisão de Tribunal).

Assim, é descabida a interposição de embargos de declaração em face de sentença (decisão de primeira instância), ao fundamento de prequestionamento, como se tem visto bastante na praxe forense.

(...) Entretanto e em face do art. 515, do CPC, que devolve ao Tribunal o conhecimento pleno da matéria, mesmo que a sentença analise todas as questões que as partes desejam ‘prequestionadas’ (e para isto interponham embargos de declaração) e o Tribunal eventualmente não analise uma dessas questões, deixou de haver o prequestionamento com relação a essa questão mesma, em face do efeito substitutivo do acórdão (CPC, art. 512: o acórdão substitui a sentença, mesmo que a ‘mantenha’ ou a ‘confirme’).

(...) Sendo o âmbito de devolutividade nos recursos extraordinários limitado ao que pleiteado no recurso interposto, somente se pode analisar a insatisfação

⁽³¹⁾ In *Embargos de Declaração: Aspectos Processuais e Procedimentais* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 177-179. Negritos e itálicos no original.

surgida, e da maneira como surgida, na decisão impugnada: se não houve análise naquela instância, não se devolve esta análise, pela via do recurso extraordinário, ao Tribunal *ad quem* e está-se diante da ausência de prequestionamento, entendido como ‘*seqüência do debate da causa*’ e como condição de admissibilidade do recurso mesmo.

Ainda, na via extraordinária, restam preclusas todas as matérias decididas nas instâncias ordinárias, a respeito das quais não houve impugnação específica da parte (incluindo as chamadas matérias de ordem pública). Isso porque o âmbito de devolutividade é restrito, nos recursos extraordinários, ao que pleiteado pelo recorrente, excepcionando-se tão-só a possibilidade de o Tribunal manifestar-se de ofício sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo⁽³³⁾.

Miriam Cristina Generoso Ribeiro Crispin (*Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Questões pontuais sobre a admissibilidade e procedibilidade no Direito Processual Civil*⁽³⁴⁾) tratando do requisito *Prequestionamento* reconhece ser “um dos pontos mais delicados a ser discutido em sede de recurso extraordinário e recurso especial.

Conceitualmente, diz-se que prequestionamento é na concepção de García Medina ‘a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) em virtude da qual fica o órgão vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada’”.

E continua Miriam Cristina: “Do ponto de vista etimológico, prequestionamento significa debate ou discussão anterior, voltado para a esfera da admissibilidade recursal extrema, assume uma dúplici acepção, divisão esta amplamente adotada em sede doutrinária: a) prequetionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como prévio debate a envolver o tema de direito federal ou constitucional, em consonância com a manifestação expressa do Tribunal a respeito.

Nessa linha de raciocínio –prosegue–, adota-se a idéia de Mantovanni Colares Cavalcante, para quem ‘o prequestionamento representa um ato complexo, pois exige: I) provocação da parte ou surgimento espontâneo da questão pelo julgador,

(33) Vale lembrar que nas decisões das turmas recursais do Juizado Especial, nas causas trabalhistas de alçada exclusiva das Varas e nas Execuções Fiscais cujo valor não ultrapasse a 50 OTN (283,43 UFIR), cabe a interposição de Recurso Extraordinário, mas não de Recurso Especial.

(34) São Paulo: Editora Pillares, 2006, p. 110-112.

II) enfrentamento, pelo Tribunal, de modo espontâneo ou por provocação, da matéria constitucional e/ou federal e III) vinculação entre a matéria constitucional e/ou federal com a discussão jurídica versada na causa.

Ou seja, o prequestionamento não é ato que se concretiza somente com a provocação da parte, exige-se a abordagem da matéria pelas instâncias ordinárias, seja explicitamente (indicando-se o texto constitucional ou federal e afirmando-se explicitamente estar sendo atendidos os mencionados comandos) ou implicitamente (não há indicação expressa de norma constitucional ou federal, mas do acórdão se extrai de forma inequívoca que a abordagem do julgado diz respeito à determinada norma constitucional ou federal)” –conclui Miriam Cristina–.

Em monografia intitulada *Embargos de Declaração*⁽³⁵⁾, Luis Guilherme Aidar Bondioli afirma que “o prequestionamento consubstancia-se na existência de prévios debates nas instâncias ordinárias a respeito da matéria constitucional ou legal que se pretende discutir nos tribunais superiores. A idéia de anteriores discussões acerca dos temas que se tenciona debater nos órgãos jurisdicionais de superposição está fortemente relacionada com os escopos dos recursos especial e extraordinário”⁽³⁶⁾.

Em seguida, depois de tecer algumas considerações históricas, escreve que “a caracterização do prequestionamento ainda suscita bastante controvérsia nos dias de hoje. Verificam-se ao menos três correntes a respeito do assunto, bem como diferenciados graus de exigências dos tribunais para dar pela presença do prequestionamento. Quanto às correntes, a primeira delas dimensiona o prequestionamento como a existência de prévio pronunciamento judicial acerca da matéria que se tenciona discutir nas instâncias superiores. A segunda delas vincula-o à simples argüição da questão federal ou constitucional pela parte antes do julgamento recorrido. E a terceira exige ambas as coisas: a prévia ventilação do tema pela parte e a decisão do tribunal *a quo* a seu respeito. Já os anunciados graus de exigência relacionam-se com as conhecidas expressões *prequestionamento explícito*, *prequestionamento implícito* e *prequestionamento ficto*. A primeira delas impõe que no acórdão recorrido conste expressa referência ao dispositivo legal ou constitucional tido por ofendido, bem como específica análise desse dispositivo. A segunda delas contenta-se com o ser densussumível do aresto impugnado a questão ou tese jurídica relacionada com a norma que se diz violada, mesmo que inexista na decisão recorrida menção expressa ao artigo de lei ou da Constituição.

(35) São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 252-272.

(36) Ob. cit., p. 252-253.

E a última delas orienta-se pela suficiência da diligência da parte no debate da matéria: se a parte fez tudo o que estava ao seu alcance para obter um pronunciamento do tribunal *a quo* a respeito de certo tema, tendo, inclusive, lançado mão de embargos declaratórios para tal fim, tem-se por preenchido o prequestionamento, pouco importando que a corte ordinária tenha indevidamente permanecido silente, mesmo quando provocada a sair da inércia no julgamento dos embargos de declaração⁽³⁷⁾.

Vale lembrar, diante do que foi dito sobre o tema, que a Jurisprudência do STF, consagrava, sem discordância, a necessidade de um *prequestionamento claro e objetivo, explícito portanto*. Senão vejamos:

“Não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de questão constitucional” (STF, RTJ, 125/1.368).

“O prequestionamento não pode estar subentendido ou implícito. Deve, sempre, ser expresso e apresentado no momento da apelação, das contra-razões, do recurso adesivo, enfim, do recurso para a Segunda Instância” (STJ, RE nº 101.562-PR; AC nº 106.272MG, 2a. Turma do TRF. DOU 12.6.1986).

O entendimento do acórdão citado faz pouco tempo, era pacífico, muito embora passível de críticas por parte de doutrinadores. Pessoalmente, sempre entendemos, inclusive como advogado militante, que a matéria trazida à inicial ou à contestação, sendo de natureza constitucional, já significava o *prequestionamento*.

Em outras palavras: levando-se em conta a natureza dos *recursos extraordinário e especial*, não se deveria impedir sua apreciação por um Tribunal Superior (STF e/ou STJ) pela ausência de um simples requisito formal, que poderia ser corrigido por *Embargos de Declaração*, cabíveis diante do silêncio do *juízo a quo*.

Vale insistir que ditos Embargos visam fazer com que o acórdão do Tribunal enfrente de forma expressa a matéria constitucional que se menciona em vários instantes e que, por isto mesmo, teria de ser resolvido até *ex-officio*, preliminarmente. Como o julgador não o fez, a parte se vê obrigada a *renovar o prequestionamento* (repita-se: *a matéria constitucional já vinha sendo discutida*), visto que, e como foi dito, esta era a única posição do STF.

Recentemente, porém, a Ministra Ellen Grace, nos autos do *AI 375011 AgR/RS*⁽³⁸⁾, mesmo reconhecendo a ausência do *prequestionamento*, afirmou: “estou,

(37) Idem, p. 255-257.

(38) Informativo nº 365, de 20.10.2004. Aí estão feitas as transcrições do despacho.

entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal”.

Mais adiante, afirma: “Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”.

Finalizando, se observa na posição da Ministra, que esta consagra uma *flexibilização do prequestionamento*, ao afirmar: “nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada, é preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa” – conclui Ellen Grace.

Sem dúvida alguma, a corrente liderada pela Ministra (embora não majoritariamente aceita) dá o verdadeiro valor de “*Guardião da Constituição*” atribuído ao STF, colocando-o acima de mera *questão formal*, principalmente, quando várias posições existem quanto à amplitude do conceito de *prequestionamento*, tal como analisamos acima⁽³⁹⁾.

Retomando o que dissemos acima de forma muito rápida: uma realidade nos parece incontestável, ou seja, se a Inicial da Ação está fundada em *matéria constitucional*, ou a *contestação* (ou *informações* no Mandado de Segurança) a traz ao cenário do debate, não entendemos como afirmar-se que o *prequestionamento* não exista. Nestes casos, em nosso entender, desde que a fundamentação das partes tem uma natureza constitucional, *a matéria constitucional fica prequestionada*, o que dispensaria os *Embargos de Declaração como forma de prequestionamento*, sobretudo porque, nestes casos (é a prática nos demonstra) a decisão nos embargos é sempre a mesma, ou seja, afirma-se que “a matéria já foi objeto de análise”.

Ora, a tese da Ministra Ellen Grace, valoriza *o exame do mérito fr ente a forma*, evitando-se que o STF fique ao longe do debate, por mero rigorismo formal, em detrimento da eficácia da prestação jurisdicional.

4. A EMENDA REGIMENTAL Nº 21 DO REGIMENTO INTERNO DO STF

Apesar do que já foi dito, cabem algumas considerações adicionais à Emenda Regimental nº 21 do STF que deverão ser complementadas pelas *Emendas*

⁽³⁹⁾ Veja-se, a propósito, Mirian Cristina Generoso Ribeiro Crispim, *Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Questões pontuais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Pillares, 2006, principalmente, p. 110 e segs.

Regimentais nºs 22 (30.11.2007), 23 (11.03.2008), 24 (20.05.2008) e pela *Portaria* nº 177 (26.11.2007), visto que todo este conjunto regulamenta o processamento do Recurso Extraordinário no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A *Arguição de Relevância* referida na EC nº 7, de 13 de abril de 1977, ao texto de 67-69, com a redação que deu ao art. 119, outorgou ao STF um poder discricionário bastante amplo, o que se esperava não acontecesse com a EC 45/2004, visto que, com a redação do art. 102, § 3º determina-se que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, *nos termos da lei*”.

Esperava-se que a Lei 11.418, de acordo com a determinação constitucional, definisse, objetivamente, a expressão *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*, o que não houve, limitando-se a dizer que (§ 1º) “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Ademais, nos termos do § 2º, “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”, sendo de observar-se que a única hipótese objetiva de definição objetiva da repercussão encontra-se no art. 543-A (§ 3º), exatamente, quando se afirma que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

Observe-se que, em sentido contrário, era o conteúdo da EC 7/77, em seu art. 119 (como já foi visto) que determinava: “as causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal” (§ 1º) e que “o regimento interno estabelecerá (§3º):

c) – o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da *arguição de relevância da questão federal*”, enquanto que no art. 327 § 1º do RISTF lia-se que considerava-se relevante “a questão federal que, pelos seus reflexos na ordem jurídica e considerados os aspectos morais e econômicos, políticos e sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Permita o leitor repetir (com novos elementos, é verdade) o que já dissemos, mas que é essencial ao raciocínio que desenvolvemos.

Insista-se que “há um ponto que carece ser destacado, em relação ao *Recurso Extraordinário e a Repercussão Geral* na EC 45/2004, a saber: em princípio, tem-se a ‘presunção’ da *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*, visto que ao Tribunal compete examinar a admissão do

recurso, “*somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*” (CF, art. 102 §.3º)”.

Vale aqui que relembremos o que foi dito por José Levi Mello Do Amaral Junior⁽⁴⁰⁾ em texto já transcrito neste mesmo estudo: “o aspecto mais curioso da atual argüição de relevância é que ela *foi concebida do avesso*. Com efeito, trata-se de uma argüição de ‘irrelevância’. Em princípio, parece, presume-se a relevância. A irrelevância somente será reconhecida se neste sentido se manifestarem dois terços dos ministros (são necessários, no mínimo, oito votos para a configuração da irrelevância).

Vale destacar: ainda que tendo o recorrente o dever de ‘demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso’, o STF somente não conhecerá do recurso se acaso dois terços dos seus ministros julgar não haver relevância na matéria. Há, assim, uma presunção de relevância em favor do recorrente”.

Embora este aspecto não descaracterize nosso posicionamento no sentido de que a inspiração para a *Repercussão Geral* (EC 45/06), em nível de Direito Nacional, tenha sido a *Argüição de Relevância* (EC 7/77), veja-se o que escreve Diogo Telles Akashi (*Comentários à Reforma do Poder Judiciário - Emenda Constitucional nº 45/2004. Rigorosamente atualizado pelas recentes alterações do Código de Processo Civil e Resoluções do Conselho Nacional de Justiça* ⁽⁴¹⁾): “Não há nenhuma novidade na introdução da exigência da repercussão geral nos recursos extraordinários, pois o ordenamento jurídico brasileiro já possuiu instituto semelhante na Constituição de 1967, a chamada *argüição de relevância*, introduzida pela Reforma do Poder Judiciário de 1977, mediante a aprovação da EC nº 7/77.

O § 1º do art. 327 do Regimento Interno do STF, na época, definia questão federal relevante como aquela que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigiria a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

Atualmente, podemos identificar em nosso ordenamento outras hipóteses de argüição de relevância, como no recurso de revista e em uma das hipóteses de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, o instituto da repercussão geral –prosegue– remonta mesmo ao direito norte-americano, com o seu *writ of certiori*.

(40) Artigo citado, *Argüição de (Ir)relevância na Reforma do Poder Judiciário*, p. 97. (In *Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. ano II, nº 7 - Jan-Fev-Mar de 2005.

(41) São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2006, p. 206-207.

Embora possuam semelhantes finalidades, os institutos da arguição de relevância e da repercussão geral são substancialmente diferentes.

Com efeito, o requisito da repercussão geral assemelhasse mais a uma arguição de ‘irrelevância’. Isso porque, em princípio, presume-se a relevância. Já a irrelevância somente será reconhecida se neste sentido se manifestarem dois terços dos Ministros do STF⁽⁴²⁾. Em outras palavras, a regra geral é a relevância constitucional da matéria, sendo a irrelevância a exceção, que deverá ser expressamente reconhecida.

Esta talvez seja a principal diferença entre a arguição de relevância da Carta de 1967 e a repercussão geral da Constituição de 1988.

No modelo anterior, o recurso extraordinário seria admitido apenas se quatro ou mais Ministros do STF se manifestassem pela existência da relevância. Já, pelo instituto da repercussão geral, estabelecida com o advento da EC nº 45/04, o recurso extraordinário será sempre admitido, exceto se dois terços ou mais dos Ministros (8) se manifestarem pela inexistência da relevância. Assim, na repercussão geral, basta a manifestação de quatro Ministros do STF para que a arguição não seja rejeitada, isto é, seja acolhida.

A arguição de relevância tinha objetivo de possibilitar o conhecimento do recurso extraordinário. A repercussão geral, entretanto, é instituto que possui o objetivo de justificar o não-conhecimento daquele recurso, caso não haja reflexão de sua decisão junto à sociedade.

Em conclusão, temos que, no modelo anterior exigia-se o reconhecimento da relevância da matéria para que o STF admitisse o extraordinário; no atual, porém, exige-se o reconhecimento da irrelevância da matéria para que se vede a admissão de tal recurso” – conclui Telles Akashi⁽⁴³⁾.

5. NOSSA POSIÇÃO

Sempre assumimos, em todos os nossos estudos posição pessoal sobre os temas discutidos. Neste não seria diferente, até porque, a sua importância exige do estudioso das relações *Constituição e Processo* uma *definição clara e precisa* ou, se não conseguir alcança-la, pelo menos que a apresente.

Neste sentido, à primeira vista, já deixamos transparecer que nossa posição é contrária a esta *filtragem* ou *barreira de qualificação* a qual, inevitavelmente

(42) Em nota de pé de página, lembra o autor que “são necessários, no mínimo, oito votos para se afastar a relevância” (ob. cit., p. 207).

(43) Itálico e negrito nossos.

ocorrerá na apreciação da *Repercussão Geral*, até porque a nós nos parece que, sob o ponto de vista do *direito subjetivo*, a importância de qualquer direito é a mesma para o seu titular, independentemente da repercussão que seu julgamento possa gerar além dos *efeitos inter-partes*.

Neste sentido, afirma Calmon De Passos: ”na verdade, perquirir-se da relevância da questão para admitir-se o recurso é conseqüência da irrelevância do indivíduo aos olhos do poder instituído. Considerar-se de pouca valia a lesão que se haja ilegítimamente infligido à honra, à vida, à liberdade ou o patrimônio de alguém, ou a outros bens que lhe sejam necessários ou essenciais é desqualificar-se a pessoa humana.

Não há injustiça irrelevante! Salvo quando o sentimento de Justiça deixou de ser exigência fundamental na sociedade política. E quando isso ocorre, foi o Direito mesmo que deixou de ser importante para os homens. Ou quando nada para alguns homens –os poderosos”⁽⁴⁴⁾– conclui o processualista.

José Augusto Delgado (Reflexões sobre a Repercussão Geral como Condição para o Conhecimento do Recurso Extraordinário (EC 45/04)⁽⁴⁵⁾, embora afirme que reserva “sua visão pessoal para o futuro”⁽⁴⁶⁾, afirma que “o recurso extraordinário deixa de ser via de pretensão para alcançar prestação jurisdicional de cunho individual. Assume missão de maior amplitude para enfrentar, apenas, lides em que as suas soluções ditadas pelo Supremo Tribunal Federal repercutam em todos ou em determinados estamentos da Nação.

De início, consideramos que a instituição da repercussão geral apresenta a virtude de aperfeiçoar o sistema recursal na Corte Suprema do Brasil, em face de passar a conhecer, apenas, de recursos extraordinários de efeitos relevantes para a vida de todos os brasileiros ou para uma determinada classe econômica, familiar, religiosa, política, educacional ou social.

Pensamos, também, que a repercussão geral em exame provoca uma consistente democratização da prestação jurisdicional, pelo fato de o recurso extraordinário perder a sua condição de refletir interesses individuais das partes para gerar expansão dos seus efeitos aos demais jurisdicionados que se encontrarem

(44) Cf. Djanira Maria Radamés De SÁ (*A Atividade Recursal Civil na Reforma do Poder Judiciário*) São Paulo: Editora Pillares, 2006, p. 73-74.

(45) In Bruno Freire E Silva E Rodrigo Mazzei (Coordenadores), *Reforma do Judiciário – Análise interdisciplinar e Estrutural do Primeiro ano de Vigência*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 261-293.

(46) Ob. cit., p. 291. O autor faz um exaustivo levantamento doutrinário sobre o tema, que merece ser lido.

em idêntica situação jurídica, embora não se encontrem integrando o processo”, conclui José Delgado⁽⁴⁷⁾.

Em seguida, ao enfrentar a sinonímia entre a *Arguição de Relevância* e a *Repercussão Geral*, manifesta-se, de logo, “pela não ocorrência desse fato”⁽⁴⁸⁾.

Dissemos acima que o autor afirmava reservar “sua posição para o futuro”.

Entretanto, para quem o conhece de perto, por várias vezes trocou idéias sobre *princípios* e outros temas do Direito Contemporâneo, haveria de saber que ele não controlaria seu temperamento de inovador e corajoso doutrinador e julgador. Tanto é assim, que no item intitulado *Conclusão*, escreve: “Adiantamos, apenas, uma idéia que estamos a desenvolver em nossos trabalhos e pregações. É a de que a crise da entrega da prestação jurisdicional está ligada ao modo como os processos são gerenciados e julgados. Estamos vinculados a um sistema burocrático que nos é imposto pelas leis formais. Dele não nos libertamos. Seguimos, com poucas diferenças, os métodos adotados pelas Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas. Não exigimos que a parte apresente conclusões em sua petição inicial, em sua contestação ou em seus recursos. O mesmo não é feito pelos Juízes, Desembargadores e Ministros. Os órgãos colegiados entregam-se a debates que ostentam disputas acadêmicas, sem que haja destaque para a síntese, celeridade e clareza. As vias para publicação das decisões são lentas, e a execução das mesmas esbarra em obstáculos muitas vezes intransponíveis. Há distorções aberrantes no sistema. Enquanto o particular está obrigado, quando executado para pagamento de dívidas líquidas e certas decorrentes de determinações judiciais, a pagar ou oferecer bens como garantia, no prazo de 24 (vinte e quatro horas), a Fazenda Pública goza o privilégio de só quitar a dívida em prazo que pode alcançar até dez anos. Outros privilégios existem que distorcem o sistema e desacreditam a força da sentença judicial, sem se falar nos recursos protelatórios e decisões repetidas.

Encerramos essas rápidas apreciações sobre o § 3º do art. 102 da Constituição Federal –prossigue o autor–, introduzido pela EC 45/04, registrando que a lei regulamentadora do assunto a ser aprovada definirá muitas das questões acima supracitadas. Do mesmo modo, as manifestações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal em cada caso concreto irão emprestar exata compreensão ao texto constitucional, tanto no seu aspecto formal, como no tocante aos seus efeitos materiais”⁽⁴⁹⁾.

(47) Ob. cit., p. 263-264.

(48) Idem, p. 265.

(49) Idem, p. 291-292. Permitam os leitores que repitamos o que foi dito por nós ao analisarmos o art. 543-A introduzido no CPC, exatamente sobre esta esperança de que a lei definisse o instituto da Repercussão Geral:

Já fomos longe demais na análise do instituto.

Contudo, só como lista exemplificativa, trazemos mais uma vez José Augusto Delgado quando apresenta casos que “podem ser consideradas como tendo repercussão geral, conforme anota a doutrina, as seguintes questões constitucionais⁽⁵⁰⁾:

- a) – a discussão sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo;
- b) – causa onde está sendo discutida a liberdade de expressão;
- c) – lides que discutam o sistema financeiro de habitação;
- d) – questões relativas à privatização de serviços públicos essenciais;
- e) – debates sobre litígios que influenciem relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais;
- f) – ações onde são discutidos aspectos determinantes da aquisição de direito adquirido e que tenham repercussão em outras relações jurídicas de igual contextura;
- g) – discussões em juízos sobre planos de saúde;
- h) – o direito à clonagem;
- i) – os debates sobre o meio ambiente;
- j) – o problema do aborto quando o ser, por consciência médica, não tem condições de sobrevivência (o caso de feto sem cabeça etc.);
- k) – outros que representem repercussão de ordem econômica, financeira, moral, social, política, de soberania nacional, de valorização da dignidade humana, de prestígio à cidadania, de proteção ao trabalho, de guarda da saúde e outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal” –conclui–.

“Aí a grande *esperança*, visto que era de se esperar que o Congresso Nacional definisse, objetivamente, a expressão *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso* o que não houve, visto que se limitou a dizer que (§ 1º) “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Ademais, nos termos do § 2º, “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”, sendo de observar-se que a única hipótese objetiva de definição objetiva da repercussão encontra-se no art. 543-A (§ 3º), exatamente, quando se afirma que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

⁽⁵⁰⁾ Idem, p. 292.

Finalmente, a lição que nos é dada pelo Senador Marco Maciel em artigo intitulado *Público e Privado*⁽⁵¹⁾ quando escreve de forma direta e objetiva: “Nunca, como atualmente, o que é público esteve tão longe do privado. As leis, as normas, as regras, os usos, os precedentes e os hábitos que fizeram germinar a burocracia, alimentando-a em seu próprio proveito e para sua própria comodidade, terminaram por provocar a aversão dos cidadãos à maioria das manifestações do Estado, que na sua impessoalidade exige, oprime, impõe e dificulta a vida de todos, indistintamente.

Enquanto não restauremos o velho e esquecido princípio jurídico de que, na vida privada, tudo o que não é proibido é permitido, e de que, na vida pública é proibido tudo o que não é explicitamente permitido, não vamos conseguir consolidar a confiança nas instituições, que diferentemente da transitoriedade dos governos, são permanentes.

De que vale o Parlamento aprovar centenas de leis que nada têm a ver com a utilidade pública, restritas que são, em sua maioria, aos interesses do próprio Estado? Que proveito a população pode esperar de decisões judiciais se a Justiça que está ao alcance dos cidadãos, em que pesem os avanços da Emenda Constitucional nº 45, é apenas dos juizados especiais e a que resulta da ação dos Procons?”

E arremata: “A utilização desmesurada dos infinitos recursos judiciais com que os contedores privados procuram se livrar do cumprimento de suas obrigações, postergando –as com o auxílio de leis processuais e decisões que têm em vista mais os meios que os fins, é a mesma que o poder público emprega de forma imemorial para não cumprir suas obrigações com a cidadania, abarrotando varas e tribunais, como se a chicana tivesse o dom de superar o direito dos que são lesados pelo uso incorreto do poder” – conclui Marco Maciel.

Observe o leitor que há uma coincidência entre os pontos de vista de um Ministro do STJ (José Augusto Delgado) e um ex-Vice Presidente da República (Marco Maciel), que merecem uma reflexão bem mais rápida e urgente por parte, sobretudo, do Poder Judiciário.

Nada disto valerá, entretanto, se o STF curvar-se ao Poder Executivo e/ou ao Poder Legislativo. É preciso readquirir a confiança que sempre teve da população e que ficou por demais abalada quando do julgamento de algumas questões, nos quais, claramente, a imprensa divulgava encontros entre alguns dos seus Ministros (principalmente o então Presidente), com Ministros do Executivo, “com o

(51) In *Revista Jurídica Consulex*, ano X, nº 237, 30 de novembro de 2006, p. 53. Vale recordar que ao lado da vida política, o ex-Vice Presidente da República, a exemplo de tantos outros políticos na vida brasileira, teve grande experiência de Professor de Direito Internacional Público na Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

fim de verificar-se qual a melhor solução que poderia dar-se à taxaço previdenciária dos inativos”, isto, evidentemente, não no sentido do *Direito Adquirido* (Cláusula Pétrea expressamente consagrada no art. 5º da CF), mas em benefício da máquina estatal.

Cremos que nada mais precisa ser dito.

ANEXO

LEI Nº 11.418, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006⁽⁵²⁾

Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º – Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

Art. 2º - A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

Art. 543-A - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º - O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º - Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

(52) Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em 24.08.2008.

§ 6º - O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º - A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B – Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo:

§ 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminha-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declarar-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º - O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão social.

Art. 3º - Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º - Aplicação esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor (60) sessenta dias após a data de sua publicação.
Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 11º da República.

Luiz Inácio Lula Da Silva
Márcio Thomaz Bastos

***VII)* TEMAS DE
REFORMA
CONSTITUCIONAL**

INTERPELACIONES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 EN CHILE

NOTAS ACERCA DEL CONTROL POLÍTICO EN EL PRESIDENCIALISMO

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA (*)
(Chile)

SUMARIO: I. Prolegómenos. II. Control político en un régimen presidencial. III. Instrumentos de control político parlamentario y su reforma. IV. Interpelación. V. Interpelaciones en reglamento de la Cámara de Diputados. VI. Conclusiones.

I. PROLEGÓMENOS

En Chile el estudio de las interpelaciones parlamentarias surge del reforzamiento institucional del control político de la Cámara de Diputados sobre el Gobierno, y que se erige en componente basal de la Reforma Constitucional de 2005 a la Constitución Política de la República de 1980, promulgada mediante Ley N° 20.050. La Reforma Constitucional de 2005, es la última de un total de diecisiete enmiendas aprobadas en el periodo 1989-2005, y la más profunda al estatuto del poder, ya que removió buena parte de los “enclaves autoritarios” subsistentes en la Constitución otorgada del régimen autoritario-neoliberal y autorizó a fijar un nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Carta (Decreto N° 100, Ministerio Secretaría de la Presidencia, 2005). A partir de este hito, que restaura limitadamente el tradicional orden republicano democrático y el Estado de Derecho, podemos hablar de una “nueva-vieja Constitución” o de la “Constitución 1980-2005”.

(*) Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Chile.

En rigor con esta breve ponencia revisitamos el tema monográfico, antes visitado con perspectiva de *Constitutione ferenda* primero de *Constitutione lata* más tarde, de los instrumentos o institutos de cognición, inspección y control político parlamentario de la Cámara de Diputados, que tienen por finalidad fortalecer la impropriadamente denominada “potestad fiscalizadora” de dicha corporación, en especial las interpelaciones y su desarrollo normativo infraconstitucional por el Reglamento de la Cámara de Diputados. Este abordaje monográfico es pertinente, ya que la doctrina nacional aborda de modo completo la configuración de nuestro Congreso Nacional y sus funciones, pero está ausente el estudio monográfico actual de la mencionada “potestad fiscalizadora” y sus institutos⁽¹⁾⁻⁽²⁾.

Por otra parte, resulta obligada una precisión metodológica consistente en que el estudio de la “potestad fiscalizadora” o mejor dicho de control político parlamentario de la Cámara de Diputados debe integrarse a la teoría del gobierno, en particular al régimen político imperante y ciertamente a la Constitución⁽³⁾.

En otro lugar, como anotábamos, hemos abordado el control político parlamentario y los instrumentos de control, inspección y cognición que poseen las cámaras frente al Gobierno, en particular comisiones investigadoras o encuesta⁽⁴⁾ e interpelaciones⁽⁵⁾.

Los referidos instrumentos de control político, de suyo plurisignificativos y multidimensionales, requieren también como precisión metodológica definir la

(1) **Cea Egaña, José Luis**: “El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica”, U. Austral. Valdivia, 1999.

(2) Del mismo autor: “Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000, en especial pp. 93-131. También de Alan Bronfman, Felipe de la Fuente y Fernando Parada “El Congreso Nacional. Estudio Constitucional, Legal y Reglamentario” CEAL UCV, Valparaíso, 1993, en especial pp. 144-166.

(3) Para una visión de los regímenes políticos **Manuel Jiménez de Parga**: “Los Regímenes Políticos Contemporáneos”, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 6ª. ed. revisada y puesta al día, 1983.

(4) Sobre comisiones investigadoras, **Francisco Zúñiga**: “Control Parlamentario y Comisiones Investigadoras”, Revista de Derecho Político N° 45, UNED, Madrid, 1999, pág. 363-392.

(5) Sobre interpelaciones, **Francisco Zúñiga**: “Interpelaciones: Apuntes de un Estudio”, Revista de Derecho Público N° 59, U. de Chile, 1996, vol. I, pág. 55-79. Del mismo autor y Francisco Vega M. “Control Político de la Cámara de Diputados en la Reforma Constitucional”, libro colectivo coordinado por H. Nogueira Alcalá: “La Constitución Reformada de 2005” Librotecnia, Santiago, 2005, págs. 275-318. Finalmente del mismo autor “Interpelaciones en la Reforma Constitucional. Alcances en la Reforma al Reglamento de la Cámara de Diputados” XXXVI Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho Público N° 69, 2 vol., Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, vol. I, pp. 282-312.

función de control político en el contexto del régimen político presidencial y en el Estado de partidos o democracia de partidos, tarea que acometemos sumariamente en este trabajo. En efecto, el control político parlamentario responde conceptualmente, a dos paradigmas: control sanción o autorización y control cognición e inspección; el primero asociado a la responsabilidad política directa del Gobierno y el segundo a la responsabilidad política indirecta del Gobierno y a la formación de la opinión pública.

Por último, el reforzamiento de la “potestad fiscalizadora”, por la vía de implantar comisiones investigadoras e interpelaciones en el cuadro de instrumentos de control político no es nuevo en nuestra historia constitucional, no obstante el peso que la historia y las instituciones tienen en nuestro país. En particular, un tópico en la doctrina constitucional del siglo XIX que se proyecta hasta el día de hoy es que la República presidencialista es inconciliable con el reforzamiento de las potestades de las Cámaras, ya que el “parlamentarismo” es una semilla que germina sólo en las monarquías (Baños Espinosa, Hostos) o en estados afincados en la tradición del principio monárquico. En cambio, la República sólo sería compatible con un régimen presidencial⁽⁶⁾. Con todo bajo el imperio de la Constitución de 1833 y mediante una reforma al reglamento camaral se instituyeron las interpelaciones como instrumento de control político parlamentario. La historia constitucional del siglo XIX y XX nos demuestra que los tópicos de la cultura jurídico-público e instituciones, si bien representan un peso en el presente y el por-venir institucional, no constituyen una definición cerrada acerca del régimen político y tipo de gobierno⁽⁷⁾.

Finalmente, sólo resta destacar que un estudio preliminar sobre los instrumentos o institutos de control político parlamentario pone en evidencia por una parte el déficit de racionalización que la “Reforma Constitucional” conlleva al establecer comisiones investigadoras e interpelaciones, como ocurre verbigratia al definir estos institutos y los ámbitos de normación legal y reglamentaria de éstos, y por otra parte las importantes confusiones conceptuales que ligan el control político a la responsabilidad política, lo que es contradictorio con el régimen presidencialista imperante. Prospectivamente este último aspecto es el que más conflicto político puede originar.

(6) **Bañados Espinosa, Julio**: “Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo”, Imprenta Cervantes, Stgo., 1888. También el jurista y educador originario de Puerto Rico **Eugenio María Hostos**: “Lecciones de Derecho Constitucional”, Santo Domingo, 1887.

(7) **Heise González, Julio**: “Historia Constitucional de Chile”, Edit. Jurídica, Stgo. 1954. “Historia de Chile. El Período Parlamentario” (1861-1925), Edit. Andrés Bello, Stgo., 1974.

II. CONTROL POLÍTICO EN UN RÉGIMEN PRESIDENCIAL

Antes de recoger una definición del presidencialismo, es menester contextualizar el estudio del control político parlamentario y para ello, corresponde abordar en un breve excursus los conceptos de forma del Estado y de forma de gobierno, y del molde clásico: el «régimen presidencial».

Con G. De Vergottini por «forma del Estado» entendemos «*el conjunto de elementos que caracterizan globalmente, a un ordenamiento referido particularmente a finalidades planteadas como objetivos de acción de los órganos constitucionales*» y por «forma de gobierno» entendemos «*el complejo de instrumentos que se articulan para conseguir finalidades estatales y por lo tanto, los elementos que miran a la titularidad y ejercicio de las funciones soberanas atribuidas a los órganos constitucionales*»⁽⁸⁾. En cuanto al «régimen presidencial», (tal denominación que hizo fortuna fue usada por W. Bagehot en «The English Constitution») este concepto designa el tipo de gobierno (y régimen político) de Estados Unidos en que la Presidencia «*ocupa un lugar vital y básico entre las instituciones públicas a nivel nacional*» (R.E. Neustadt), en que el poder presidencial es un «poder de persuadir», no obstante su diversidad de «poderes formales».

El «régimen presidencial» en que el Presidente «reina y gobierna a la vez» es un producto de la Constitución de 1787, de los precedentes y de la práctica moderna; siendo las «ventajas» de éste las siguientes: «La primera es la seguridad de su inamovilidad durante un período de cuatro, años, sólo amenazada por un voto de acusación (impeachment) del Congreso, procedimiento incómodo que sólo se intentó (hasta la destitución de Nixon) una vez en 1867. La segunda, la elección popular indirecta por medio de un colegio electoral. La tercera, la jefatura de las fuerzas armadas y la dirección de la diplomacia, prerrogativas tradicionalmente reales, concedidas a la presidencia por los antiguos súbditos británicos. La cuarta, una serie de derechos y deberes específicos relativos a la dirección de la Administración Pública, el más importante de los cuales es el derecho de nombrar jefes de Departamento y el deber de «cuidar de que las leyes sean fielmente cumplidas». La quinta, una prerrogativa limitada sobre la legislación: el poder del veto cualificado y el derecho de recomendación (...). «*Pero la Constitución, que establecía las bases de la presidencia, establecía como principio básico el que sus privilegios estuviesen contrarrestados por los de otras instituciones nacionales, y en especial el Congreso*» (separación de poderes). «*La Constitución garantizaba a una o más cámaras la participación en todas las vertientes del poder presidencial. El mando de la defensa estaba limitado por el hecho de que los contingentes*

(8) Vergottini, Guiseppe De: «Derecho Constitucional Comparado» (trad. P. Lucas Verdú), Espasa Calpe S.A., Madrid, 1985. pág. 107-108.

y los fondos de las fuerzas armadas, dependían de la decisión del Congreso, que se reservaba el derecho de declarar la guerra. El mando de la diplomacia estaba limitado por el hecho de que el Senado se reservaba el derecho de su «poder y aprobación» a los tratados. El mando de la administración estaba severamente limitado por el hecho de que la moneda, la autoridad y la estructura departamental estaban sujetas a una legislación específica y las personas nombradas por el presidente, sometidas a la confirmación del Senado. En materia legislativa, el Congreso era la instancia suprema, limitada únicamente por el veto presidencial, que, a su vez, estaba sujeto al voto en contra de los tercios de las dos Cámaras»⁽⁹⁾. En suma, el «régimen presidencial» descansa en un principio-dogma de «separación rígida» de poderes (Duverger), combinación de «democracia y poder personal» con un sistema «bipartidista».

El «régimen presidencial» de la gran república de América del Norte encuentra en América Latina su copia superlativa: el “presidencialismo”, caracterizado por la preponderancia o predominio del Poder Ejecutivo (Lambert). La exaltación del «poder personal» es producto de una continuidad histórica; en palabras de Duverger: «*al cacique indio sucedió el conquistador español; el Virrey, encarnaba, él solo, la totalidad del poder*»⁽¹⁰⁾. El presidencialismo cuenta con análogas instituciones que los Estados Unidos, pero el Presidente consigue una preponderancia hegemónica. Con agudeza Jacques Lambert en su clásico libro «América Latina» observa que: «*el vicio inherente al régimen de preponderancia presidencialista en la América Latina, no es, como se afirma con frecuencia, su aptitud para engendrar dictaduras puesto que éstas se producen del mismo modo, y quizás con mayor facilidad, con otros regímenes, sino la de prestarse a disimular las dictaduras bajo formas constitucionales, hasta tal punto que, el dictador, que puede conservar su buena conciencia, no se ve obligado a violarlas abiertamente*» (...). La garantía de la democracia en este tipo de régimen se encuentra en el carácter temporal del mandato presidencial. Así «*como puede advertirse que*

⁽⁹⁾ Neustadt, Richard E.: “Presidencialismo” de Enciclopedia de Ciencias Sociales, Edit. Aguilar S.A., Madrid, 1977. pág. 442-447. Ídem “El Poder Presidencial” (trad. E. Escalona) Edit. Limusa-Wiley S.A., México D.F., 1966. Ídem Manuel García Pelayo para una visión general del ordenamiento constitucional de Estados Unidos de América “Derecho Constitucional Comparado” Alianza Editorial S.A., Madrid, 1984. pág. 325-455 (también Obras Completas, Vol. I). C.E.C., Madrid, 1992. También de consulta obligada es L.H. Tribe: “American Constitutional Law” (2ª edic) The Foundation Press, Inc., Mineola-New York, 1988, en especial p.p. 1-339. Un libro excelente de Marie-France Toinet: “El sistema político de los Estados Unidos” (trad. G.A. Gallardo) FCE, México DF, 1994; en especial pág. 125-193.

⁽¹⁰⁾ Duverger, Maurice: «Los Regímenes Políticos» (trad. Z. de Godoy) Salvat Editores S.A., Barcelona, 1952. Pág. 114.

los constituyentes latinoamericanos se esfuerzan mucho menos en limitar los poderes del Presidente, cuya extensión consideran que no carece de ventajas, que por asegurarse el carácter temporal, multiplicando las precauciones contra las tentativas del Presidente de perpetuarse en el poder, asegurando su reelección o la de algunos de sus testafierros (continuismo)»⁽¹¹⁾.

Ciertamente la concentración de poder público en la institución presidencial ha tenido como consecuencia la anulación o menoscabo de la democracia pluralista y de los derechos fundamentales. La preponderancia o predominio se ejerce a través de factores institucionales o funcionales (A. Lago Carballo); a saber: a) iniciativa legislativa del Presidente de la República; b) el veto presidencial suspensivo y parcial), c) facultades legislativas del Presidente en especial el instituto de la delegación de facultades legislativas; d) intervención federal, que correspondiendo por regla al Parlamento, es el Presidente quien toma la iniciativa de su disposición; e) facultades extraordinarias, tanto en el campo del estado de necesidad constitucional como la «emergencia económica», que conlleva la existencia de poderes de excepción y f) un Poder Judicial subordinado ante la ingerencia del Poder Ejecutivo.

Para corregir el predominio presidencial se han introducido «mecanismos anticaudillistas» (Valencia Carmona)⁽¹²⁾: restricción del mandato presidencial fijo sin reelección (conquista histórica de la revolución mexicana, peligrosamente suprimido en Perú en la Constitución de 1993 y en Argentina con la reforma de 1994), descripción de sus facultades o atribuciones, incorporación de matices parlamentarios como el mayor control político, colegiación del Gobierno, referendo, etc. (Colomer). Sin embargo, los elementos institucionales del presidencialismo en América Latina no autorizan a hablar de un tipo homogéneo (Colomer, Carpizo, Sánchez Agesta)⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ **Lambert, Jacques**: «América Latina» (trad. A. Lago C.) Edit. Ariel S.A., Barcelona 1964, 2ª. ed., 1970. pág. 516, 517. La cita de A. Lago Carballo esta referida a apéndice de texto de M. Duverger «Instituciones Políticas y Derecho Constitucional» Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1988. pág. 591 y ss.

⁽¹²⁾ **Valencia Carmona, Salvador**: «El Poder Ejecutivo Latinoamericano», UNAM, México D.F., 1979.

⁽¹³⁾ **Colomer Viadel, Antonio**: «Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano» Edit. ICI, Madrid, 1990. Idem: «Constitución, Estado y Democracia en el Umbral del Siglo XXI», Edit. Nomos, Valencia, 1995. pág. 73 y ss. **Sánchez Agesta, Luis**: «La Democracia en Hispanoamérica» Edic. Rialp S.A., Madrid, 1987. pág. 53 y ss., 207-236. Idem: «Curso de Derecho Constitucional Comparado» Edit. U.C., Madrid 7ª. ed., 1988. pág. 244-255. **Carpizo, Jorge**: «El Presidencialismo Mexicano» Edt. Siglo XXI Editores S.A., México, 1978. Idem: «Notas sobre el Presidencialismo Mexicano». En «Estado, Derecho y Sociedad», Edit. UNAM, 1981. pág. 69,85.

En este cuadro cabe preguntarse por la imbricación del Parlamento en el régimen político. El constitucionalismo en América Latina es reflejo de dos modelos: el constitucionalismo de América del Norte que combina división de poderes y régimen presidencial, y el constitucionalismo francés que otorga predominio al Parlamento (Colomer). En los hechos la realidad política refleja una dialéctica Gobierno-Parlamento, que permea el constitucionalismo y la configuración del régimen-tipo gobierno en el cuadro del *genus* presidencialismo. El caso de Chile con presidencialismos de corte autocrático (1830-1891) y democrático (1925-1973), mediando un período de seudoparlamentarismo (1891-1925), es un botón de muestra de esta dialéctica⁽¹⁴⁾. Ejemplo de esta dialéctica Gobierno-Parlamento es la caracterización del presidencialismo americano del Norte en la obra de W. Wilson.

La iuspublicística y politología cargando las tintas en el factor central del presidencialismo –el predominio del Poder Ejecutivo– prescinde tradicionalmente de la dialéctica del Gobierno-Parlamento y de las claves del proceso político real, haciendo inexplicables las tendencias vigorizadoras del Poder Ejecutivo y al mismo tiempo tendencias a la desconstitucionalización, inestabilidad política y quiebre institucional, que se manifiestan en diversos países de nuestra América. Así, la paradoja es que una institución presidencial formalmente fuerte o predominante, es políticamente débil o “prisionera del Congreso”.

En los albores del siglo XX fue tópico hablar de «crisis de la democracia» (Mirkine Guetzévitch) o de «declinación del Parlamento» (Bryce), términos que en un proceso de racionalización del poder y de convulsa transición designaron cambios profundos en la forma del Estado y de gobierno⁽¹⁵⁾. Por lo tanto, el «eclipse» del Parlamento es un fenómeno real que no se debiera exagerar (Lambert); puesto que frente al «caudillismo» u otras formas de personalismos, existen poderes fácticos: oligarquías o «frondas aristocráticas» como las denominó en Chile el historiador Alberto Edwards Vives. Un botón de muestra es el caso de Chile que, en el contexto de una Constitución de sello ideológico autoritario y neoliberal (1980), posee un Parlamento racionalizado que ejerce las funciones tradicionales asignadas a este órgano de representación política, y que a pesar de estas limitaciones tiene un claro fin legitimador del sistema político democrático.

Luego, asociado a esta descripción de contexto y que pone acento en los matices, es forzoso relativizar el mentado predominio o preponderancia del “Po-

(14) Colomer V. A.: Ob. cit., 129-130.

(15) Un botón de muestra son las obras clásicas de Boris Mirkine-Guetzevitch “Las Nuevas Constituciones del Mundo”, Edit. España, Madrid, 1931, que recoge una síntesis de las nuevas tendencias constitucionales de la época de entreguerras en su estudio preliminar, en especial pp. 7-57, y de James Bryce “Modern Democracies” (2 vols.), Mac Millan and Co., London, 1921, en especial vol. II, capítulo LVIII, pp. 367-377.

der Ejecutivo” propio del presidencialismo, ya que incluso un Congreso Nacional racionalizado, impone al Gobierno una dialéctica de negociación. El caso de Chile es un buen ejemplo de esta afirmación, en especial por la importancia que adquiere el derecho de confirmación del Senado para disponer de importantes nombramientos en organismos del Estado dotados de autonomía constitucional (Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Banco Central, Ministerio Público y Consejo Nacional de Televisión), de otros nombramientos institucionales, y de ministros y fiscal judicial de la Corte Suprema (artículo 53 N° 5 y N° 9 de la Constitución Política de la República). En este sentido las interpelaciones y comisiones investigadoras incorporadas como institutos de control político con la Reforma Constitucional de 2005, redundan en un reequilibrio Gobierno-Congreso Nacional, contribuyendo a generar las condiciones de funcionamiento de un presidencialismo democrático temperado o atenuado.

En este sentido, el planteamiento de Sánchez Agesta en orden a un Parlamento en América Latina con «un funcionamiento anormal» no me parece del todo adecuado, pues son tantas las excepciones a la intermitencia, que esta tesis se ve anulada más aún si reconocemos de esta institución un impulso constituyente, probablemente carente de moderación, pero rico en nuevas ideas.

III. INSTRUMENTOS DE CONTROL POLÍTICO PARLAMENTARIO Y SU REFORMA

La Reforma Constitucional de 2005 en Chile, se hace cargo del control político parlamentario en el contexto institucional de un régimen presidencialista, replanteando instrumentos de control que antes habían sido objeto de proyectos de reforma frustrados. En particular se recogen dos institutos de control político: comisiones investigadoras e interpelaciones.

Antes de referirnos a los institutos de control político, cognición e inspección de la Cámara de Diputados, en especial de las interpelaciones, es menester dar una sinóptica noticia sobre esta materia de los antecedentes más relevantes del iter de la Reforma Constitucional; cuyo origen son dos mociones presentadas en el Senado de los pactos Alianza por Chile y Concertación de Partidos por la Democracia⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Fuente de consulta: “Reforma a la Constitución Política de la República de 1980”. **Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado**, 2001. Ídem de la misma Comisión Informe Boletines 2526-07 y 2534-07 de 8 de enero de 2002. También indicaciones del Presidente de la República en discusión particular, Mensaje N°.61-344, de 13 de abril de 2002. Consultar “Reformas Constitucionales 2005. Historia y Tramitación”, Senado, 2006., en especial págs. 231-262. Además de E. Pfeffer U. “Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes” Edit. Jurídica, Santiago, 2005, en especial, págs. 223-251.

En materia de control político parlamentario, el proyecto de reforma (Moción) de los senadores de la Alianza por Chile propone modificar el artículo 48 de la Carta Fundamental en la forma que a continuación se indica:

a) Sustituir su número 1) por el siguiente:

“1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá darles debida respuesta por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. La obligación del Gobierno se entenderá cumplida al entregar la respuesta.

Cualquier diputado, con el voto favorable de a lo menos una cuarta parte de los miembros presentes, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. Este deberá dar debida respuesta, por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del plazo señalado en el párrafo precedente.

b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos una cuarta parte de los Diputados en ejercicio, a fin de formularle consultas específicas respecto de actos propios de su Ministerio con el objeto de obtener la necesaria información que permita a la Cámara y a los Diputados ejercer a cabalidad las funciones que les son propias. Con todo, un mismo Ministro se podrá excusar de asistir si ha citado más de cuatro veces dentro del año calendario.

Lo anterior, es sin perjuicio del Derecho que confiere a los Ministros de Estado el artículo 37.

El Presidente de la Cámara determinará la sesión a la que deberá concurrir el Ministro, la que deberá tener lugar no antes de los siete días ni después de los quince días siguientes a aquel en que acordó la citación, así como las que se planteen durante la sesión y que estén directamente vinculadas con la materia objeto de su comparecencia.

c) Crear, a petición de la cuarta parte de los Diputados en ejercicio, comisiones fiscalizadoras destinadas solamente a obtener y reunir información sobre determinados actos del gobierno que permita a la Cámara y a los Diputados ejercer a cabalidad sus funciones.

La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional determinará las atribuciones y funcionamiento de estas comisiones. Asimismo, esta ley adoptará las garantías y resguardos que cautelen el debido respeto a los derechos de las personas que aparezcan, en otra u otra forma, mencionadas durante el proceso de fiscaliza-

ción.

El informe de la comisión deberá ser por la Sala para el ejercicio de las facultades constitucionales que procedan.

En ningún caso los actos de fiscalización a que se refiere este número afectarán la responsabilidad política de los ministros, y”, y

- b) Agregar en letra c) del número 2), después de la palabra “Justicia” la expresión “de los Fiscales judiciales, del Fiscal Nacional”, precedidas de una coma (,).”

Por su parte, el proyecto de Reforma Constitucional (Moción) de los senadores de la Concertación de Partidos por la Democracia propone:

- a) Agregar al final de número 1) del inciso primero del artículo 48 el siguiente párrafo nuevo:

“Crear, a petición de los dos quintos de los Diputados en ejercicio, comisiones fiscalizadoras destinadas solamente a obtener y reunir información sobre determinados actos del Gobierno, que permita a la Cámara y a los Diputados ejercer su funciones constitucionales. La ley orgánica constitucional Congreso Nacional determinará las atribuciones y funcionamientos de estas comisiones y adoptará las garantías y resguardos que cautelen los derechos de las personas que aparezcan mencionadas durante el proceso de fiscalización.

El informe de la Comisión será conocido por la Sala, la que en caso de aprobarlo dispondrá que se pongan los antecedentes en conocimiento de la autoridad que corresponda.

En ningún caso los actos de fiscalización a que se refiere este número afectarán la responsabilidad política de los Ministros”.

En su análisis, la Comisión consideró también una iniciativa de su Presidente, el H. Senador señor Diez, contenida en el Boletín N° 2231-07, mediante la cual formula la siguiente proposición:

“Artículo único.- Sustitúyese el N° 1) del artículo 48 de la Constitución Política de la República por el siguiente:

1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:

- a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los Diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República o a la autoridad que corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier Diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. La respectiva autoridad deberá darles respuesta dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha de su envío. El Presidente de la República contestará por intermedio del Ministro de Estado que corresponda.

En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado.

b) Citar a un Ministro de Estado a petición a lo menos de un tercio de los diputados en ejercicio, con el fin de formular preguntas que digan relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Un mismo Ministro no podrá ser citado más de tres veces dentro del año calendario, salvo acuerdo de la mayoría de los Diputados en ejercicio. El Presidente de la Cámara determinará el día y hora de la sesión a la que deberá concurrir el Ministro respectivo, al que siempre deberá tener lugar dentro de los quince días siguientes a aquella en que se acordó la citación.

La asistencia del Ministro de Estado será obligatoria y deberá responder a las consultas que motiven su citación y hayan sido incluidas en la misma, así como también las que se planteen durante la sesión y estén directamente vinculadas con la materia objeto de la citación.

La Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional determinará las formas y circunstancias de las citaciones de los Ministros y de las preguntas de los parlamentarios anteriores a la citación o formuladas dentro de la sesión respectiva y los plazos que dispondrá el Ministro para responderlas en el caso de hacerlas inmediatamente. La no concurrencia del Ministro a la Cámara o su negativa a responder será considerada infracción de la Constitución.

En ningún caso las respuestas podrían afectar la responsabilidad política de los Ministros de Estado.

c) Crear Comisiones Especiales Fiscalizadoras a petición de a lo menos un tercio de los Diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones en asuntos de interés público o relativas a determinados actos de Gobierno.

Los funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas Comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes e informacio-

nes que se les soliciten. A petición de un tercio de sus miembros, las Comisiones Fiscalizadoras podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes.

La Ley Orgánica del Congreso Nacional determinará la forma de hacer efectivo lo dispuesto en esta letra; el funcionamiento y atribuciones de las Comisiones Fiscalizadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ella.

Las conclusiones de la Comisión Fiscalizadora serán sometidas a consideración de la Sala; en esta ocasión, un tercio de los diputados en ejercicio podrá pedir que éstas, el debate y los acuerdos sean puestos en conocimiento del Gobierno, de los órganos o servicios afectados, de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado par que ellos adopten las medidas pertinentes y ejerzan las acciones que les correspondan en conformidad a la legislación vigente”.

Finalizado el análisis de las proposiciones sometidas al estudio de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se produjo acuerdo en torno a enmendar el número 1) del artículo 48 de la Constitución Política, con los objetivos que se sintetizan a continuación:

1. Fortalecer las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados.
2. Precisar que la función fiscalizadora corresponde a la Cámara de Diputados y no a sus miembros individualmente considerados.
3. Consagrar en el texto constitucional la existencia de las comisiones investigadoras.
4. Fijar en un tercio de los diputados en ejercicio el quórum necesario para adoptar el acuerdo de constituir una comisión investigadora.
5. Establecer que la investigación será reservada y que su trabajo culminará en un informe final que tendrá carácter público. En caso de no haber unanimidad, el informe contendrá tanto las opiniones de mayoría como de las minorías.
6. Contemplar la posibilidad de citar a los Ministros de Estado a las comisiones investigadoras. Por otra parte, si se tratare de temas propios de sus áreas que los parlamentarios deseen conocer, se acordó enmendar el artículo 37, con el objeto de facultar a las Cámaras para citar a sesiones especiales para este objeto, a las cuales los Secretarios de Estado citados estarán obligados a concurrir.
7. Fijar el ámbito de la competencia de las comisiones investigadoras. A este respecto, se acordó puntualizar que están sujetos a la labor fiscalizadora de la Cámara de Diputados solamente los actos de Gobierno.

8. La denominación “actos de Gobierno” incluye las actuaciones de las empresas del Estado, así como de aquéllas en que el Estado tiene participación mayoritaria. En ningún caso, la fiscalización puede incidir en el ámbito privado, de manera que los particulares no están obligados a comparecer ante una comisión investigadora, aun cuando puedan acudir voluntariamente, para aclarar determinadas situaciones.
9. Del mismo modo, se entiende que la expresión “Gobierno” incluye a las Fuerzas Armadas. El H. Senador señor Hamilton solicitó dejar expresa constancia en relación a este punto. Se tuvo presente, sobre el particular, que ya ha habido, en la práctica, investigaciones que le afectan.
10. Por el contrario, dentro del “Gobierno” no estarían incluidos los Gobiernos Regionales ni los Municipios, respecto de cuya fiscalización hubo consenso en que debía avanzarse, en el entendido de que ella nunca podrá tener un carácter político. Sobre esta materia, el H. Senador señor Larraín dejó constancia de que la reforma constitucional en estudio no altera la jurisprudencia habida en relación con estas instituciones.
11. Finalmente, se acordó precisar que mediante la fiscalización de la Cámara de Diputados sólo se busca hacer efectiva las responsabilidades políticas y, en ningún caso, las de índole penal, civil o administrativa.

En suma, el acuerdo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y consecuencia del debate se acordó el texto siguiente:

- 1) Modificase el artículo 48 en la forma que a continuación se indica:

“Sustitúyese el número 1), por el siguiente:

“1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución de la Cámara puede:

- a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior.

En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de

antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado, y

b) Crear comisiones investigadoras especiales a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

La Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas.

La investigación de la comisión tendrá carácter reservado. Sus conclusiones darán cuenta de las posiciones de mayoría y de minoría y serán sometidas a consideración de la Sala, cuyos acuerdos sólo harán efectivas las correspondientes responsabilidades políticas.

Un tercio de los Diputados en ejercicio podrá pedir que las conclusiones de la comisión, el debate y los acuerdos de la Sala sean puestas en conocimiento del Gobierno, de los órganos o servicios afectados, de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado para que ellos adopten las medidas pertinentes y ejerzan las acciones que correspondan en conformidad a la legislación vigente”.

2) Agrégase el siguiente inciso segundo, nuevo, al artículo 37:

“Sin perjuicio de lo anterior, los Ministros deberán concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos que, correspondiendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes Secretarías de Estado, acuerden tratar”.

En la discusión particular de la “Reforma Constitucional” en su trámite en el Senado, se presentaron un número apreciable de indicaciones de origen parlamentario, y un total de 39 indicaciones por el Presidente de la República; que en lo que atañe al control político parlamentario, consignan:

“10) Para agregar el nuevo inciso segundo que el numeral 15 del artículo único, que ha pasado a ser numeral 21, incorpora al artículo 37, la siguiente oración final, punto seguido: “con todo, los Ministros no estarán obligados a concurrir personalmente más de tres veces en un mismo año calendario”.

“14) Para eliminar, en el párrafo cuarto de la letra b) del número 1) del nuevo artículo 48, agregado por el numeral 18 del artículo único, que ha pasado a ser numeral 27, la oración “cuyos acuerdos sólo harán efectivas las correspondientes responsabilidades políticas”, reemplazándose la coma (,) que le antecede por un unto aparte (.)”

El Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado, H. Senador Diez, informa en Sesión 16^a, de Miércoles 14 de noviembre de 2001, de la necesidad de perfeccionar las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, dotándola, a nivel constitucional, de mejores herramientas para que pueda cumplir más efectivamente su función de fiscalizar los actos de Gobierno. Al efecto, el proyecto de reforma, perfecciona los preceptos relativos a sus facultades de adoptar acuerdos y de pedir antecedentes al Ejecutivo y los que obligan al Gobierno a contestar y se consagra la posibilidad de formar comisiones investigadoras especiales, regulando sus atribuciones y asegurando a las minorías políticas la posibilidad de que dichas comisiones se constituyan y trabajen en forma adecuada. Al mismo tiempo, para asegurar su efectividad, se establece que los Ministros deberán concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarlos sobre asuntos que, correspondiendo al ámbito de atribuciones de las respectivas Secretarías de Estado, dichas Cámaras acuerden tratar. Durante el estudio de las distintas propuestas en la Comisión, se optó por el criterio de no considerar aquellas materias que durante su debate se advertía que no podían alcanzar el consenso necesario para su aprobación. Así, por ejemplo, no se consideró la proposición para devolver a los colegios profesionales la jurisdicción sobre la conducta ética de sus asociados, aun cuando tanto la Corte Suprema como los representantes de las diversas órdenes profesionales coincidieron en que, desde que se había privado a éstas de competencia en la materia para entregársela a los tribunales de justicia, no se había resuelto ni un sólo caso.

En seguida, consideraba un número importante de materias en las que se logró un amplio acuerdo, tales como:

- Reconoce a los pueblos indígenas originarios que forman parte de la nación y garantías a su derecho a “fortalecer los rasgos esenciales de su identidad”.
- Incorpora normas que tienden a promover la regionalización del país y la descentralización de la acción del Estado.

- Consagra los principios de probidad y transparencia, ya normados en la ley respectiva.
- Introduce modificaciones que facilitan el reconocimiento y la mantención de la nacionalidad chilena.
- Exime de la aprobación del Senado la rehabilitación de la ciudadanía de quienes hayan cumplido la correspondiente pena aflictiva.
- Deroga las normas que configuran el delito de difamación, en consonancia con lo ya aprobado en la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, eliminando la tentación de imponer una mordaza a esas libertades.
- Extiende el recurso de protección en relación con la garantía constitucional de vivir en un ambiente libre de contaminación.
- Faculta al Presidente de la República para fijar el texto refundido, ordenado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su ejecución.
- Traspasa la creación, supresión y enumeración de regiones, provincias o comunas, la modificación de sus deslindes y la determinación de la capital de regiones y provincias, desde la Constitución a una ley de quórum calificado.
- Las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, que actualmente competen al Senado, pasan a ser resorte del Tribunal Constitucional.
- Suprime el trámite inútil y engorroso de ratificación por el Congreso Pleno para los proyectos de reforma constitucional que aprueban ambas Cámaras.

Y luego contiene propuestas consensuales que apuntan al modelo político contemplado en la Carta Fundamental, lo cual constituye el meollo de esta reforma, a saber, respecto de la Cámara de Diputados se amplían sus facultades fiscalizadoras; se consagran constitucionalmente las comisiones investigadoras, que ahora tienen reconocimiento sólo en el Reglamento de dicha Corporación; se aumentan sus atribuciones para fiscalizar los actos del Gobierno, al tiempo que se rebajan los quórum para adoptar los acuerdos en la materia, y se aclara que estas importantes funciones corresponden a la Cámara y no individualmente a sus miembros. Las investigaciones de una Comisión serán reservadas y de las conclusiones, de mayoría y minoría, se dará cuenta pública a la Sala para hacer efectivas las eventuales responsabilidades políticas. La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y atribuciones de esas comisiones y

(17) Sesión 18ª, en martes 18 de diciembre de 2001, honorable Senador Hamilton.

resguardará los derechos de las personas que concurran a ellas⁽¹⁷⁾.

En informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en las mociones de proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental, boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, se propone en lo que nos atañe el siguiente texto de reforma constitucional a aprobación en general del Senado:...” Sustitúyese el número 1) del artículo 48, por el siguiente: “1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior. En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado, y b) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno. Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten. La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas. La investigación de la comisión tendrá carácter reservado. Sus conclusiones darán cuenta de las posiciones de mayoría y de minoría y serán sometidas a consideración de la Sala, cuyos acuerdos sólo harán efectivas las correspondientes responsabilidades políticas. Un tercio de los diputados en ejercicio podrá pedir que las conclusiones de la comisión, el debate y los acuerdos de la Sala sean puestos en conocimiento del Gobierno, de los órganos o servicios afectados, de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado, para que ellos adopten las medidas pertinentes y ejerzan las acciones que correspondan en conformidad a la legislación vigente”.

En la discusión general del proyecto de la Reforma Constitucional, se proponen las siguientes indicaciones al texto: El H. Senador señor Espina, para reemplazar el encabezamiento del N° 1) del artículo 48 propuesto, por el siguiente: 1) Fiscalizar los actos del Gobierno y de la Administración del Estado. Para ejercer esta atribución la Cámara puede. De los HH. Senadores señores Gazmuri, Muñoz

Barra, Naranjo, Núñez y Ominami, para consultar, en el N° 18, la siguiente modificación: «... Sustitúyese, en el inciso segundo del N° 1) del artículo 48, la expresión», y con que finaliza, por un punto (.), y agrégase el siguiente inciso nuevo: Asimismo la Cámara podrá interpelar a un Ministro de Estado, si así lo solicitare a lo menos un tercio de sus miembros en ejercicio, con la finalidad de formularle preguntas acerca de materias vinculadas a su cargo. El Ministro de Estado podrá ser interpelado hasta dos veces en cada Legislatura, debiendo despacharse la citación respectiva con una antelación mínima de treinta días. Su comparecencia será obligatoria ante la sala y la citación deberá indicar las materias comprendidas en la interpelación, «y». Del H. Senador señor Espina, para reemplazar por un punto y coma (;) la expresión, y con que finaliza el segundo inciso de la letra a) del N° 1) propuesto, intercalando a continuación la siguiente letra b) nueva: «b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría de los diputados en ejercicio. Todo ello, sin perjuicio del derecho que confiere a los Ministros de Estado el artículo 37. El Presidente de la Cámara determinará la sesión a la que deberá concurrir el Ministro citado, la que deberá tener lugar dentro de los quince días siguientes a aquél en que se acordó su citación. La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las consultas que motiven su citación, así como las que se planteen durante la sesión y que estén directamente vinculadas con la materia objeto de la citación, y. De S. E. el Presidente de la República, para suprimir, en el inciso cuarto de la letra b) del N° 1) propuesto, la frase «cuyos acuerdos sólo harán efectivas las correspondientes responsabilidades políticas» y la coma (,) que la precede. Del H. Senador señor Vega, para agregar, a la letra b) del N° 1) propuesto, a continuación del inciso cuarto, el siguiente, nuevo: «En los temas relacionados con las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, sus sesiones tendrán carácter de secreto». Del H. Senador señor Espina, para consultar, en el N° 18, la siguiente modificación: «... Reemplázase la letra c) del N° 2) del artículo 48 por la siguiente: “c) De los magistrados de los tribunales superiores de justicia, del Contralor General de la República y del Fiscal Nacional, por notable abandono de sus deberes”». De los HH. Senadores señores Gazmuri, Muñoz Barra, Naranjo, Núñez y Ominami, para consultar, en el N° 18, la siguiente modificación: «... Intercálase, en la letra c) del N° 2) del artículo 48, a continuación de las palabras «superiores de justicia», la expresión «del Defensor del Ciudadano», precedida por una coma (,)». Del H. Senador señor Fernández, para consultar, en el N° 18, la siguiente modificación: «... Sustitúyanse los incisos cuarto y quinto del artículo 48 por el siguiente: “Para declarar que ha lugar la acusación se requerirá el de los cuatro séptimos de los diputados en ejer-

cicio, quedando el acusado suspendido en sus funciones desde la declaración. La suspensión cesará si el Senado desestimare la acusación por idéntico quórum o si no se pronunciare dentro de los treinta días siguientes”».

En el debate se sostuvo que la idea de reformar el artículo 48 (actual artículo 52) de la Carta Fundamental pretende explicitar que, en el cumplimiento de la función que el número 1) del artículo 48 confía a la Cámara de Diputados, ésta tiene competencia para fiscalizar los actos del Gobierno y también los de la totalidad de los órganos que integran la Administración del Estado. El H. Senador Espina, indicó, que éste es un planteamiento que también se ha considerado durante la discusión de un proyecto de reforma constitucional que se encuentra actualmente en trámite en la Cámara de Diputados. El punto central en esta materia, prosiguió, consiste en determinar con exactitud el ámbito de aplicación de las facultades fiscalizadoras de esa Corporación, de manera que ella pueda cumplir a cabalidad el mandato que el Constituyente le ha confiado. Aclaró, asimismo, que esta proposición no conduce a alteración alguna del sistema político nacional sino que, con prudencia, persigue dar mayor eficacia a las facultades fiscalizadoras de los señores Diputados, que actualmente resultan restrictivas.

Por su parte el H. Senador señor Prokuriça coincidió con la proposición del H. Senador señor Espina e hizo presente que dentro de nuestro sistema, existen entidades que evidentemente son de naturaleza estatal y que, sin embargo, esgrimiendo los más diversos argumentos, esquivan el control que la Cámara de Diputados debe ejercer sobre ellas. Al respecto, sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, citó específicamente los casos de CODELCO-Chile, del Banco del Estado de Chile y de Televisión Nacional de Chile. Informó que estas instituciones se muestran permanentemente renuentes a remitir a las Cámaras Legislativas los antecedentes que se les solicitan e, incluso, interponen ante los tribunales demandas civiles de mera certeza destinadas tanto a impugnar la aplicación de los artículos 9 y 10 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, como a controvertir las atribuciones que la Contraloría General de la República está llamada a cumplir en estas situaciones. Ello, sostuvo, no es admisible dentro de nuestro ordenamiento. Lo pertinente, no consiste necesariamente en ampliar las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, sino más bien en buscar la forma de fijar sus reales alcances. Reiteró que en un estado de derecho es inconcebible que dichas entidades puedan administrar y disponer libremente de recursos que pertenecen a todos los chilenos, eximiéndose de los debidos controles y del más elemental deber de rendir cuenta pública en relación a su utilización. Estos verdaderos enclaves, afirmó, contradicen la esencia de una democracia. Por estas razones, apoyó la indicación del H. Senador señor Espina.

El H. Senador señor Viera-Gallo discrepó de lo dicho por el H. Senador se-

ñor Prokuriça. Manifestó que, dentro de nuestro sistema, es perfectamente admisible la acción empresarial del Estado, la cual, como es lógico, tiene que ceñirse a las normas comúnmente aplicables a aquella actividad. De aplicárseles estrictos sistemas de control, argumentó, dichas empresas perderían de inmediato su competitividad en el mercado, con las consecuencias que es fácil deducir. El H. Senador señor Silva puso de relieve la trascendencia de la materia en análisis, pero consideró que por esa misma razón sería más apropiado tratarla en forma específica en una sesión especial. Recordó que, como se ha dicho, en la Cámara de Diputados se tramita una iniciativa sobre estos aspectos, que sería conveniente tener en cuenta al momento de realizarse el estudio que ha propuesto. En todo caso, adelantó que la noción de autonomía no implica la exención del control y que, por regla general, los actos de Gobierno deben ser fiscalizados, por cuanto ello es inherente a la gestión pública, la que lleva aparejada la responsabilidad de sus agentes.

El H. Senador señor Espina explicó que las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados son, en general, muy limitadas y que el mecanismo que él propone a través de su indicación número 180 contribuirá a hacerlas más eficaces, sin que ello signifique en ningún caso una tendencia a parlamentarizar el sistema.

En definitiva, las señaladas indicaciones fueron aprobadas con modificaciones consistentes en precisar que podrá citarse a un Ministro de Estado hasta tres veces durante un año calendario, lo que se acordará por simple mayoría. Ese quórum se elevará a dos tercios en caso de una cuarta convocatoria. Además, se establecerá que la comparecencia del respectivo Secretario de Estado será obligatoria y que éste deberá responder todas las preguntas y consultas que motiven su citación.

En el transcurso de la discusión particular de la Reforma Constitucional, en el tema que nos convoca, en sesión 1ª, de miércoles 3 de Septiembre de 2003, en el Senado se sostiene que ésta es una modificación de fondo que fortalece significativamente las facultades de fiscalización que corresponden a la Cámara de Diputados. Ellas, sin duda, constituyen una de las piezas fundamentales en una democracia porque posibilitan el control recíproco entre los distintos Poderes del Estado.

Las atribuciones anteriores de control político a la Reforma, que la Carta Fundamental otorgaba a la Cámara Baja se limitaban a dos instrumentos concretos. La primera consistente en que con el voto de la mayoría de sus miembros presentes, podía adoptar acuerdos o sugerir observaciones, las que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, debiendo el Ministro correspondiente dar respuesta dentro de 30 días; y la segunda, en que cualquier Diputado, con el voto favorable de un tercio de los presentes, podía solicitar determinados antecedentes al Gobierno.

Se agregan dos instrumentos de “fiscalización”: la consignada en la letra b), que permite citar a un Ministro de Estado, a solicitud de a lo menos un tercio de los Diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas sobre materias vinculadas a su cargo. Esta atribución se encuentra regulada, con el objeto de que no se haga uso abusivo de ella, por cuanto parece más propia de un régimen parlamentario que de uno presidencial.

En efecto, si bien será factible ejercer una adecuada supervisión a través de la citación a un Secretario de Estado, el número de éstas quedará restringido con el propósito de no impedir el normal cumplimiento de sus funciones. Sólo se le podrá citar para un mismo asunto hasta tres veces en un año.

La otra modalidad de “fiscalización” es la creación de comisiones especiales investigadoras establecida en la letra c). A este respecto hay dos cambios importantes: tendrán rango constitucional, dado que hoy se hallan consignadas en el Reglamento de la Cámara Baja, donde se exige el voto favorable de la mayoría de los diputados presentes para constituir las; y se formarán a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, no presentes. De esta manera la Oposición, que por regla general tiende a ser minoría en el Parlamento, podrá solicitar la creación de este tipo de comisiones y someter los correspondientes informes a la aprobación de la mayoría de la Sala.

El H. Senador señor Gazmuri, en el curso del debate concuerda en que la modificación que reviste una importancia significativa, por cuanto introduce nuevas figuras en el orden constitucional, con el objetivo básicamente de fortalecer las atribuciones del Congreso, en particular de la Cámara de Diputados; ello, sin romper la naturaleza presidencial de nuestro sistema político. En ese sentido es partidario de que se incorpore en el ordenamiento jurídico la interpelación parlamentaria referida a los miembros del Gabinete, para acentuar el rol político del Parlamento y de alguna manera constituir un contrapeso a un régimen en extremo presidencialista.

Así finalmente, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído en el proyecto de la Reforma Constitucional que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del tribunal constitucional y otras materias que indica: Substituye el número 1) del artículo 48 (actual artículo 52), que se refiere a la atribución de la Cámara para fiscalizar los actos del Gobierno, estableciendo las siguientes diferencias: fijar un plazo de treinta días a los ministros de Estado para dar respuesta a las solicitudes de antecedentes que cualquier diputado, contando con el acuerdo de un tercio de los parlamentarios presentes, les hiciere llegar; permitir citar, a petición de a lo menos un tercio de los

diputados en ejercicio, a un ministro de estado para tratar materias propias de su cartera, quien deberá asistir obligatoriamente. En todo caso, si se citare al ministro más de tres veces en el año calendario, se requerirá el acuerdo de los 2/3 de los diputados en ejercicio; permitir la creación de comisiones investigadoras a petición de, a lo menos, 1/3 de los diputados en ejercicio. En el ejercicio de sus funciones, estas comisiones podrán citar a los ministros y demás funcionarios, siendo obligatoria su asistencia. Sus investigaciones tendrán carácter reservado y sus conclusiones darán a conocer las posiciones de la mayoría y de la minoría, pudiendo, a petición de 1/3 de los diputados en ejercicio, darse a conocer las conclusiones, el debate y los acuerdos adoptados en la Sala, al Gobierno, a los organismos afectados, a los Tribunales de Justicia, a la Contraloría General de la República y al Consejo de Defensa del Estado para que adopten las medidas y ejerzan las acciones que correspondan.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional y segundo reglamentario, informa las siguientes indicaciones al proyecto aprobado por el Senado: La de los HH. diputados señores Bayo, Bertolino, Delmastro, Errázuriz, García, Kuschel, Martínez y Vargas para substituir el N° 1 del artículo 48 de la Constitución por el siguiente: “1.- Fiscalizar los actos de gobierno y administración del Estado. En el ejercicio de esta atribución, la Cámara podrá adoptar acuerdos y sugerir observaciones con el voto de la mayoría de los Diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República para que éste, por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, de respuesta dentro de treinta días. En ningún caso, los acuerdos u observaciones afectarán la responsabilidad política de los ministros y la obligación se entenderá cumplida por el hecho de entregar una respuesta fundada o por el envío de los antecedentes solicitados. Cualquier diputado podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno siempre que su proposición cuente con el voto favorable de a lo menos el diez por ciento de los miembros presentes de la Cámara. Asimismo, el cinco por ciento de los diputados en ejercicio podrá formular observaciones o requerir informes y antecedentes a la Contraloría General de la República, a los Gobiernos Regionales y Municipalidades, debiendo éstos responder por escrito en idéntico plazo al indicado en el primer inciso. Igual atribución podrá ejercerse respecto de entidades privadas que reciban o administren fondos públicos, para establecer el uso adecuado de los mismos.

También es menester referirse a la indicación de los HH. diputados señores Ascencio, Burgos, Luksic y Mora para substituir el N° 1 del artículo 48 propuesto por el Senado por el siguiente: “1) Fiscalizar los actos del Gobierno y de la Administración del Estado. Para ejercer esta atribución, la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República o a la autoridad que corresponda. Estos acuerdos u observaciones

se adoptarán con el voto de la mayoría de los diputados presentes en la sala y se transmitirán por escrito a la autoridad pertinente, la que deberá darles fundada respuesta dentro de treinta días. El Presidente de la República lo hará por medio del Ministro que corresponda. b) Recabar, a solicitud de cualquier diputado, determinados antecedentes, siempre que la proposición cuente con el voto favorable de, a lo menos, un tercio de los miembros presentes en la sala. La autoridad requerida deberá dar fundada respuesta, dentro del plazo de treinta días. El Presidente de la República lo hará por medio del Ministro que corresponda. c) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, a fin de formularle consultas específicas respecto de materias propias de su ministerio. Lo anterior es sin perjuicio del derecho que confiere a los ministros de Estado el artículo 37. El Presidente de la Cámara determinará la sesión a la que deberá concurrir el ministro, la que deberá tener lugar dentro de los quince días siguientes a aquél en que se acordó la citación. La asistencia del ministro será obligatoria y deberá responder las consultas que motiven su citación, así como las que se planteen durante la sesión y que estén directamente vinculadas con la materia objeto de su comparecencia. d) Formar, con el acuerdo de dos quintos de los diputados en ejercicio, comisiones investigadoras destinadas a obtener y reunir información sobre determinados actos del Gobierno o de la Administración del Estado. Estos mismos cometidos podrán ser encomendados a las comisiones permanentes. Estas comisiones tendrán la competencia que les fijen los acuerdos de la Cámara que decidan su constitución o efectúen el encargo, y ni aún por la unanimidad de sus integrantes podrán extender su cometido al conocimiento de materias que no se encuentren comprendidas en dichos acuerdos. La competencia de estas comisiones para desarrollar la investigación que les sea encomendada, se extinguirá al vencimiento del plazo que les haya fijado la Cámara para el cumplimiento de su objeto, término que podrá ser ampliado o renovado con el voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio, siempre que la comisión haya solicitado la ampliación o renovación antes de su vencimiento. Los Ministros de Estado, las autoridades públicas y, en general, los funcionarios del Gobierno y de la Administración del Estado, citados por una comisión investigadora o una comisión permanente, según sea el caso, estarán obligados a comparecer y a suministrar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados. En caso de que fuere estrictamente necesario para el resultado de la investigación, por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de la comisión, se podrá citar ante ella o solicitar por escrito el testimonio a personas particulares o requerirles los antecedentes que se estimaren pertinentes. El informe de la comisión será conocido por la Cámara y sus conclusiones, una vez aprobadas por ella, serán puestas en conocimiento del Gobierno y, si se estimare procedente, de los órganos o servicios afectados, de la Contraloría General de la República, del Ministerio Público, del Consejo de Defensa del Estado o de los tribunales de

justicia, para los efectos de adoptar las medidas que se estimaren pertinentes o para el ejercicio de las acciones que correspondieren. La ley orgánica constitucional relativa al Congreso Nacional regulará en lo demás lo concerniente a la composición, atribuciones y normas de funcionamiento de estas comisiones. Asimismo, establecerá el procedimiento para el cumplimiento de las diligencias y actuaciones que decreten y las sanciones por su infracción, así como las garantías y resguardos que deberán cautelar el debido respecto de las personas que, directa o indirectamente, sean mencionadas o aludidas durante la investigación”.

Finalmente, debemos anotar la indicación del Presidente de la República para sustituir el número 1) del artículo 48 por el siguiente: “1) Fiscalizar los actos del Gobierno y de la Administración del Estado. Para ejercer esta atribución la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República o a la autoridad que corresponda. Estos acuerdos u observaciones se adoptarán con el voto de la mayoría de los diputados presentes en la Sala y se transmitirán por escrito, debiendo el Gobierno dar respuesta, por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. En ningún caso, dichos acuerdos u observaciones afectarán la responsabilidad política de los Ministros. b) Recabar, a solicitud de cualquier diputado, determinados antecedentes, siempre que la proposición cuente con el voto favorable de, a lo menos, un tercio de los miembros presentes en la Sala. La autoridad requerida deberá dar fundada respuesta, dentro del plazo de treinta días. El Presidente de la República lo hará por medio del Ministro de Estado que corresponda. c) Citar a un Ministro de Estado, a petición de lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, a fin de formularle consultas específicas respecto de materias propias de su Ministerio. Lo anterior, es sin perjuicio del derecho que confiere a los Ministros de Estado el artículo 37. El Presidente de la Cámara determinará la sesión a la que deberá concurrir el Ministro, la que deberá tener lugar dentro de los quince días siguientes a aquél en que se acordó la citación. La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder las consultas que motiven su citación, así como las que se planteen durante la sesión y que estén directamente vinculadas con la materia objeto de su comparecencia. d) Formar, con el acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio, comisiones investigadoras destinadas a obtener y reunir información sobre determinados actos del Gobierno o la Administración del Estado. Estos mismos cometidos podrán ser encomendados a las comisiones permanentes. Estas comisiones tendrán la competencia que les fijen los acuerdos de la Cámara que decidan su constitución o efectúen el encargo, y ni aún por la unanimidad de sus integrantes podrán extender su cometido al conocimiento de materias que no se encuentren comprendidas en dichos acuerdos. La competencia de estas comisiones para desarrollar la investigación que les sea encomendada se extinguirá al vencimiento del plazo que les haya fijado la Cámara

para el cumplimiento de su objeto, término que podrá ser ampliado o renovado con el voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio, siempre que la Comisión haya solicitado la ampliación o renovación antes de su vencimiento. Los Ministros de Estado, las autoridades públicas y, en general, los funcionarios del Gobierno y de la Administración del Estado, citados por una comisión investigadora o por una comisión permanente, según sea el caso, estarán obligados a comparecer y a suministrar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados. En caso de que fuere estrictamente necesario para el resultado de la investigación, por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de la comisión, se podrá citar ante ella o solicitar por escrito el testimonio a personas particulares o requerirles los antecedentes que se estimaren pertinentes. El informe de la Comisión será conocido por la Cámara y sus conclusiones, una vez aprobadas por ella, serán puestas en conocimiento del Gobierno y, si se estimare procedente, de los órganos y servicios afectados, de la Contraloría General de la República, del Ministerio Público, del Consejo de Defensa del Estado o de los tribunales de justicia, para los efectos de adoptar las medidas que se estimaren pertinentes o para el ejercicio de las acciones que correspondieren. La Ley Orgánica Constitucional relativa al Congreso Nacional regulará en lo demás lo concerniente a la composición, atribuciones y normas de funcionamiento de estas comisiones. Asimismo, establecerá el procedimiento para el cumplimiento de las diligencias y actuaciones que decreten y las sanciones por su infracción, así como las garantías y resguardos que deberán cautelar el debido respeto de las personas que, directa o indirectamente, sean mencionadas o aludidas durante la investigación”.

Destaca la indicación de los HH. diputados señora Guzmán y señor Galilea Carrillo para reemplazar el inciso primero de la letra a) del N° 1 del artículo 48, por el siguiente: “Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados, los que se transmitirán por escrito a la autoridad que corresponda o al Presidente de la República, quienes deberán dar fundada respuesta dentro de treinta días. El Presidente de la República lo responderá por medio del Ministro de Estado que corresponda en el plazo antes señalado”.

La de los H. Diputados señores Bayo, Delmastro, Errázuriz y Kuschel para agregar el siguiente inciso final a la letra a) del N°1 del artículo 48: “En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado, pero si la afectará la falta de respuesta dentro del plazo señalado en el inciso primero”.

Por otra parte la indicación de los HH. diputados señores Bustos, Ceroni, Pérez Lobos y señora Soto para substituir en el inciso segundo del número 1) del artículo 48 de la Constitución, la coma y la conjunción “y” que siguen a la palabra “Cámara”, por un punto aparte, agregando, luego, el siguiente inciso tercero: “Asimismo la Cámara podrá interpelar a un Ministro de Estado, si así lo solicitare

a lo menos un tercio de sus miembros en ejercicio, con la finalidad de formularle preguntas acerca de materias vinculadas a su cargo. El Ministro de Estado podrá ser interpelado hasta cuatro veces en, debiendo despacharse la citación respectiva. Su comparecencia, y la de funcionarios públicos de su dependencia, será obligatoria ante la Sala y la citación deberá indicar las materias comprendidas en la interpe-lación, todo en los términos establecidos en el Reglamento de la Corporación”.

La de los HH. diputados señora Guzmán y señor Galilea Carrillo para agre-gar al texto propuesto por el Senado para el N° 1 del artículo 48, una letra b), nueva, pasando la actual a ser c): “b) Recabar, a solicitud de cualquier diputado, determinados antecedentes, siempre que la proposición cuente con el voto favo-rable de, a lo menos, un tercio de los miembros presentes en la sala. La autoridad requerida deberá dar fundada respuesta dentro del plazo de treinta días. El Presi-dente de la República lo hará por medio del Ministro de Estado que corresponda en el mismo plazo”. De los mismos HH. diputados señora Guzmán y señor Galilea Carrillo para agregar en la actual letra b) propuesta por el Senado para el N° 1) del artículo 48, que pasaría a ser c), el siguiente inciso segundo, pasando el actual a ser tercero: “El Presidente de la Cámara determinará la sesión a la que deberá concurrir el Ministro, la que deberá tener lugar dentro de los quince días siguien-tes a aquel en que se acordó la citación.”. Además, la indicación para agregar al final del actual inciso segundo de la letra b), que pasaría a ser c), propuesta por el Senado para el N° 1) del artículo 48, precedida de una coma(,), la siguiente ora-ción; “así como las que se planteen durante la sesión y que estén directamente vinculadas a la materia objeto de la comparecencia”.

La de los H. diputados señoras Guzmán y Pérez y señor Longton para agregar en el inciso segundo de la letra c), del artículo 48 propuesto por el Senado, después de la palabra “mayoritaria”, suprimiendo la coma que la sigue, lo siguiente: “y los particulares que contraten de cualquier forma con el Estado o sus empresas”.

La de los HH. diputados señora Guzmán y señor Galilea Carrillo para agre-gar un inciso cuarto, nuevo, a la actual letra c) propuesta por el Senado para el N° 1) del artículo 48, pasando el actual a ser quinto y así sucesivamente: “En el caso que fuere estrictamente necesario para el resultado de la investigación, por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de la comisión, se podrá invitar o solicitar por escrito el testimonio de personas particulares o requerirles los ante-cedentes que estimaren pertinentes”.

La del H. diputado señor Monckeberg y de los HH. diputados señores Paya y Uriarte, para reemplazar la frase inicial del inciso quinto de la letra c) propues-to por el Senado para el N° 1) del artículo 48, por la siguiente: “La investigación de la comisión tendrá carácter de reservado cuando así lo acuerden dos tercios de sus integrantes”.

La del H. diputado señor Araya para agregar al N° 2 del artículo 48 de la Constitución, la siguiente letra f): “f) Del Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales del Ministerio Público, por notable abandono de sus deberes.”. Del mismo diputado para intercalar en el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, entre los términos “e) “y “podrán”, la expresión “f)” y para reemplazar la palabra “tres” por “seis”.

La del H. diputado señor Lorenzini para agregar los siguientes numerales al artículo 48 de la Constitución: “3) Prestar o negar su consentimiento a los actos del Presidente de la República, en los casos en que la Constitución o la ley lo requieran. Si la Cámara no se pronunciare dentro de los treinta días después de pedida la urgencia por el Presidente de la República, se tendrá por otorgado su asentimiento, y 4) Dar su dictamen al Presidente de la República en los casos en que éste lo solicite”.

El 12 de Julio de 2005, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en tercer trámite constitucional, da cuenta de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados al texto aprobado por el Senado en primer trámite constitucional.

El Senado, en primer trámite constitucional, aprobó como tal el siguiente: “21. Sustitúyese el número 1) del artículo 48, por el siguiente: “1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior. En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado; b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de los dos tercios de los diputados en ejercicio. La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación, y c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno. Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los

Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten. No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas. La investigación de la comisión tendrá carácter reservado. Sus conclusiones darán cuenta de las posiciones de mayoría y de minoría y serán sometidas a consideración de la Sala. Un tercio de los diputados en ejercicio podrá pedir que las conclusiones de la comisión, el debate y los acuerdos de la Sala sean puestos en conocimiento del Gobierno, de los órganos o servicios afectados, de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado, para que ellos adopten las medidas pertinentes y ejerzan las acciones que correspondan en conformidad a la legislación vigente.”.”.

En segundo trámite, este numeral pasó a ser 24, con las enmiendas siguientes: En el primer párrafo de la letra a) del N° 1, la Cámara de Diputados intercaló la palabra “fundada”, a continuación de la voz “respuesta”.

En el segundo párrafo de la letra a), intercaló la voz “fundadamente”, luego de la palabra “contestará”. En la letra b) del número 1, reemplazó la expresión “los dos tercios” por “la mayoría absoluta”.

En el primer párrafo de la letra c) del número 1, sustituyó la expresión “un tercio” por “dos quintos”. Finalmente, suprimió los párrafos tercero, quinto y final de la citada letra c).

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, HH. senadores señores Chadwick, Espina, Viera-Gallo y Zaldívar, don Andrés, aprobó las referidas enmiendas.

En sesión de Congreso Pleno de 16 de Agosto de 2005, se destaca que el proceso de reformas constitucionales no tan sólo supera el pasado, sino que enfrenta los desafíos de la democracia de hoy, que consisten básicamente en comprometer a ésta, por un lado, con la transparencia y la probidad, a fin de franquear esa pieza oscura que tanto daño le hace: la corrupción; y por otro, con más fuerza que nunca, en la defensa de los derechos personales y de las libertades individuales, para enfrentar con eficacia los abusos, las arbitrariedades, las discriminaciones que eventualmente provengan del Estado. “Por ello, se señala, hoy nuestro compromiso también mira hacia el futuro. Y lo hemos querido llevar a

cabo fundamentalmente recogiendo tres materias. En primer lugar, robusteciendo la acción fiscalizadora de la Cámara de Diputados, con el objeto de hacer más eficaz el ejercicio constitucional de su poder contralor y generar incentivos y motivaciones para que dicha fiscalización –esencial en la democracia y especialmente efectivo para combatir la corrupción– pueda dejar de lado esa lógica perversa, en lo que a esta materia se refiere, de estar determinada por mayorías y minorías, por bloques de Gobierno o de Oposición. Lo anterior constituye un desafío extraordinariamente atractivo e interesante para cumplir ese esencial rol fiscalizador que la democracia exige”.

El Gobierno formula observaciones al proyecto, vía mensaje que contiene el veto, en lo que nos interesa, en el sentido de intercalar en el nuevo Artículo 48, N° 1, letra c) del proyecto de la “Reforma Constitucional” aprobado por el H. Congreso Nacional, el siguiente inciso tercero: “No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.”.

La Comisión, pronunciándose sobre las observaciones o veto formulado por el Gobierno, señala que el veto es un aspecto complementario a la regulación hecha por esta reforma en materia de constitucionalización de las comisiones investigadoras. Se trata de agregar un límite formal al número de veces que puede comparecer un Ministro de Estado a una de estas Comisiones, básicamente, porque este mecanismo podría llegar a alterar el ejercicio cotidiano de las funciones propiamente ministeriales si hubiera un uso indebido de las mismas. El veto, que reproduce una norma primigeniamente surgida en el Senado, establece que un Ministro puede ser citado cuantas veces sea necesario en función de las cuestiones propias de la Comisión. No obstante, para que ello ocurra después de tres veces, se requiere que lo apruebe la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

El día 18 de Agosto de 2005, el Senado, comunica a S.E. el Presidente de la República de la aprobación por el Congreso Nacional de las observaciones formuladas al proyecto de Reforma Constitucional que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, correspondiente a los Boletines N°s. 2.526-07 y 2.534-07, y, que por lo tanto, corresponde promulgar el proyecto de la Reforma Constitucional.

IV. INTERPELACIÓN

Después de recoger en el capítulo anterior una extensa relación de contenidos en el iter Constituyente de la Reforma Constitucional de 2005 en lo referido a control político del Gobierno, corresponde abordar el instituto específico de las interpelaciones.

Hemos observado preliminarmente que el estudio de las interpelaciones parlamentarias nos sitúa directamente ante la función fiscalizadora e inspectiva, la que tiene por objeto “vigilar la conducta del Gobierno, exigirle explicaciones sobre una orientación o acerca de la marcha de un servicio, pedir cuenta respecto a acuerdos adoptados o reclamar que se exponga el criterio que va a seguirse ante un hecho o problema, y en general estar informado el Parlamento de cómo se desenvuelve la Administración (Pérez Serrano).

Por ello, asociado al régimen político y tipo de gobierno, las interpelaciones se unen a otros medios o instrumentos de control político parlamentario o de inspección y cognición: ruegos y preguntas, comisiones investigadoras, moción de censura, entre otras, que tienden a hacer efectiva la “responsabilidad política” del Gobierno. Tal finalidad no se produce en el régimen presidencial y presidencialista como antes se advirtió, a lo sumo se busca una responsabilidad política indirecta o difusa, y una eventual responsabilidad constitucional cuando se cometieren ilícitos a través del “impeachment”.

El iuspublicista español Nicolás Pérez Serrano en su “Tratado de Derecho Político” clasifica los medios de control en medios indirectos (Comisiones legislativas permanentes, Comisiones ultrapermanentes, proyectos de ley) y medios directos, sean ordinarios (ruego y preguntas, interpelaciones), y sean extraordinarios (comisiones de investigación). En cuanto a los medios directos ordinarios: ruegos y preguntas e interpelaciones, éstas difieren según un criterio material (volumen y trascendencia de problema planteado) o un criterio formal (tramitación seguida), aunque lógicamente el encauzar “un asunto por otro u otro conducto formal deba depender del contenido y relieve material que ofrezca; aparte de que la pregunta puede convertirse en interpelación si no satisfacen las explicaciones del Gobierno”⁽¹⁸⁾.

En el Derecho Parlamentario español ruegos y preguntas se distinguen en razón del sentido en general en que se formulan, refiriéndose a temas de escasa significación respecto del quehacer gubernativo, en términos breves con dos intervenciones: “la del parlamentario que pregunta y la del Ministro que contesta” o rectifica. Las preguntas en el Derecho Parlamentario tienen origen anglosajón (“Question time”). Fraga recuerda que un Gobierno con mayoría de su partido tiene asegurada su vida hasta las siguientes elecciones, salvo circunstancias excepcionales; pero la Cámara no lo deja sentirse irresponsable, asaeteándole dia-

(18) **Pérez Serrano, Nicolás:** “Tratado de Derecho Político” Edit. Civitas, 2ª edic. de 1984, reimpresión, Madrid, 1989, pág. 812.

(19) **M. Fraga Iribarne,** “El Parlamento Británico”, IEP. Madrid, 1961, pág. 295.

riamente en una nube de preguntas sobre múltiples cuestiones de Gobierno y Administración”⁽¹⁹⁾. El origen de la “question time” se remonta a 1721, con motivo de la desaparición de un cajero, en un asunto que afectaba a la Compañía de los Mares del Sur, transformándose en un mecanismo ordinario de control de la Administración. La “question time” o período de preguntas se fija al comienzo de la sesión, cuatro días por semana, durante una hora, pudiendo presentarse hasta 3 por parlamentarios. Fraga observa: “Lo notable es que no hay interpelaciones; la Cámara no se pronuncia satisfecha o insatisfecha de la explicación recaída; pero el peso del sistema es extraordinario (...) El problema está en la falta de tiempo”. En 1902 “la question time” hubo de ser limitada a una hora diaria y en 1920 las preguntas formuladas por parlamentario se redujeron a tres, no siendo la situación satisfactoria⁽²⁰⁾.

En el marco de la teoría del gobierno las claves descriptoras del instituto de la interpelación (en un régimen político-tipo de gobierno presidencialista) guardan relación con el célebre principio-dogma de separación de poderes y el poder del control. El principio-dogma de separación de poderes es utilizado por Duverger para construir una tipología de los regímenes políticos y fijar la relación Gobierno-Parlamento: la teoría tradicional de separación de poderes (Harrington, Locke, Montesquieu) fundamenta la independencia recíproca de los órganos estatales en el hecho de que las funciones del poder (“poderes”) son diversos en su naturaleza (ejecución, legislación y jurisdicción), de modo que sólo podrían ejercerse por separado. La quiebra teórico-práctica del principio dogma en el Estado contemporáneo retiene su valor ideológico (García Pelayo) en orden a distribuir el poder entre diversos órganos, como un dispositivo de control recíproco y delimitación de esferas de poder; en suma se persigue: “debilitar a los gobernantes en su conjunto, haciendo que se limiten recíprocamente”. Con acierto Duverger indica: “Bajo esta perspectiva, la separación de poderes lleva consigo dos aspectos muy distintos que se sitúan en planos muy diferentes: 1º la separación del Parlamento frente al Gobierno, que afecta a los gobernantes, en el sentido amplio del término, y 2º la separación de las jurisdicciones con relación a estos gobernantes, que permite su control por jueces independientes”⁽²¹⁾.

En cuanto a los poderes del Parlamento: “de delimitación, de control y de impulso” (Duverger) el instituto engarza en el “poder de control”, y por tanto,

⁽²⁰⁾ **Sir Courtney Ilbert**, “El Parlamento” (trad. J. Calvo A. 2ª ed.), Labor S.A., Barcelona, 1930, pág. 94 ss.

⁽²¹⁾ **M. Duverger**, “Los regímenes políticos” (trad. Z. De Godoy), Salvat, Barcelona, 1952; “Instituciones políticas y Derecho constitucional” (J. Solé Tura y otros) (6ª ed., 4ª reimp.) Ariel, Barcelona, 1988, pág. 125.

históricamente en la conformación de regímenes parlamentarios (parlamentarismo orleanista, parlamentarismo belga y parlamentarismo clásico francés); y como medio de control directo ordinario, sumándose a ruegos y preguntas, comisiones y comisiones investigadoras; sin perjuicio del Ombudsman importante instituto de control de la Administración carente de potestas, mas no de auctoritas y que usualmente se constituye como comisionado parlamentario. Para Duverger las preguntas (orales y escritas, con o sin debate) y las interpelaciones pueden tener semejanzas (especialmente con las preguntas escritas “con debate”), pero subsiste una diferencia fundamental: las preguntas no dan lugar a ninguna votación; al contrario las interpelaciones terminan con un voto que expresa la satisfacción de la Asamblea por las explicaciones suministradas por el Gobierno, o su descontento⁽²²⁾.

Ahora bien, el instituto de las interpelaciones en un régimen político presidencialista, es un instituto del “poder de control” que no lleva a su último ratio, conducente a hacer efectiva la “responsabilidad política del gobernante ante el Parlamento” (Duverger); aunque como instituto de “control” hace más eficiente la fiscalización parlamentaria de los actos del Gobierno y puede, eventualmente conducir a hacer efectiva la responsabilidad constitucional a través del “impeachment” o acusación en juicio político. En consecuencia, parece más adecuado insertar conceptualmente la interpelación dentro de la función cognoscitiva e inspectiva del Parlamento (Vergottini)⁽²³⁾, aunque instrumentalmente está subordinada a la función de control político parlamentario, específicamente al paradigma de control sin sanción y que persigue hacer efectiva una responsabilidad política indirecta o difusa.

En este contexto, el presidencialismo, que es un superlativo polivalente del régimen presidencial americano, caracterizado por el “debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del Presidente” (Duverger), con un eficiente poder de control político encarnado en el Parlamento morigerara sus deformaciones autoritarias, problemas de dirección política o simplemente casos notorios de “mala-administración” sectorial. En particular las interpelaciones son un eficiente y probado corrector de tales deformaciones y problemas, o revelador de una mala gestión política o administrativa sectorial.

En regímenes-tipos de gobierno parlamentario (repúblicas o monarquías) el “derecho de interpelación” reservado a problemas político-administrativos generales tiene eficacia relativa. En el caso de Bélgica la interpelación constituye el “medio principal para hacer valer la responsabilidad ministerial”, instituto racio-

(22) **Duverger**. Cit, pág. 132.

(23) **G. de Vergottini**, “Derecho Constitucional Comparado” (2ª. ed.), Espasa-Calpe, Madrid, 1985.

nalizado: el derecho a hablar del interpelante se limita a media hora; si el Ministro responde sólo pueden intervenir cuatro parlamentarios en el debate, si aquél no contesta se cierra la interpección y sólo se autoriza a hablar a su autor quince minutos. En Alemania las interpecciones (Grosse Anfragen) son, generalmente, instrumentos idóneos para provocar amplia discusión pública y un eficaz control de la dirección política del Gobierno (art. 105 y ss. Reglamento del Bundestag) debiendo estar contenidas en documento escrito y firmado por un mínimo de 26 parlamentarios y transmitido al Gobierno éste deberá indicar si contestará y en que tiempo. El Bundestag requerido por 26 parlamentarios puede inscribir el debate en el orden del día y obligar a un representante del mismo a presentarse. En Italia el “derecho de interpección” también está racionalizado; el proponente o interpeccante debe desarrollarla durante 15 minutos y, después, de las declaraciones del Gobierno, replicar; sin perjuicio de que el Presidente de la Cámara de Diputados conceda más tiempo para asuntos de “relevancia política excepcional”. La insatisfacción del interpeccante puede dar origen a una moción, seguida de debate y votación decidor. En el caso de Francia cuna del “droit d’interpellation”, no posee este instrumento en la Constitución de 1958, puesto que el Consejo Constitucional en 1959 anuló las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Nacional que lo estatúa, entendiendo que al no estar permitido, debía entenderse que el instrumento de control político en que se expresa opinión de política general es la moción de censura. En Gran Bretaña no existe el instituto de la interpección, pero sí un instrumento análogo: la “moción de Adjournment” (art. 9º Reglamento de la Cámara de los Comunes), aunque tienen gran importancia las preguntas (“Question time”) como antes se ha señalado.

En el constitucionalismo iberoamericano⁽²⁴⁾ consagran el instituto de la interpección: Constitución de Venezuela de 1961 (art. 199) y de 1999 (art.222); Constitución de Costa Rica; Constitución de Nicaragua (art. 138 inc. 40) y Constitución de Argentina de 1853 reformada en 1994 (art. 71-101); Constitución de México de 1917 (art. 93); Constitución de la República Bolivia de 1967 (Art. 70), reformada en este punto por L.c. 1/89), Constitución de 1977, reformada en 1994 (art. 70, II); Constitución de la República Oriental del Uruguay (art. 119) y Constitución Española de 1978 (art. 111). En el ordenamiento constitucional de Uruguay (art. 119) cada Cámara tiene la facultad, por resolución de un tercio de votos del total de sus componentes, de hacer venir a Sala a los ministros de Estado para

(24) **D. García Belaunde, F. Fernández Segado y otros**: “Los sistemas constitucionales iberoamericanos”, Dykinson, Madrid, 1992. Sobre México, **Jorge Carpizo**: “Estudios Constitucionales”. LGEM UNAM. México, 1983, pág. 323-324. Sobre Argentina, el notable “Manual de la Constitución argentina”, de J.V. González (9ª ed.). Ángel Estrada y Compañía Editores, pág. 401-402.

pedir y recibir informes, con fines legislativos, inspectivos o de fiscalización, sin perjuicio de la censura, y si los informes fueren concernientes a entes públicos, os ministros podrán requerir la asistencia conjunta de un representante del respectivo Consejo o Directorio. Los reglamentos camerales de manera ejemplar regulan el instituto de la interpelación. v. gr. el Reglamento de la Cámara de Representantes (1991) en su Capítulo XIV (art. 96-103). Asimismo, en el ordenamiento constitucional español la interpelación es concebida como un instrumento para formular “preguntas dirigidas al Gobierno sobre materias de carácter general o de particular relieve político, que suele provocar la abertura de un debate que eventualmente termina con la votación de una moción en que la Cámara fija su posición respecto al asunto debatido”⁽²⁵⁾ (F. Santaolalla). v. gr. el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982 (título VI, cap. II, Art. 170-173)⁽²⁶⁾.

En cuanto al instituto de la interpelación de la Reforma Constitucional de 2005 contenido en el actual artículo 52 N° 1, letra b) de la Constitución Política de la República adolece de errores conceptuales y de una deficiente racionalización⁽²⁷⁾, por lo que recogemos algunos comentarios críticos y de *Constitutione o lege ferenda*, a saber:

- a) La atribución de la Cámara no es de “citar” a un Ministro de Estado, sino de “interpelar”, medio o instrumento directo ordinario de las Cámaras para hacer efectiva la función cognoscitiva e inspectiva, el control político e incluso la responsabilidad política de manera indirecta o bien servir de antecedente para perseguir la responsabilidad constitucional en un régimen presidencialista.
- b) La interpelación es una atribución de la Cámara de Diputados que debe ser incoada por una minoría cualificada de la corporación (un tercio de los diputados en ejercicio).
- c) La interpelación queda sometida a una reserva reglamentaria implícita en virtud de la cual su funcionamiento es materia de regulación normativa en el Reglamento de la corporación.

⁽²⁵⁾ F. Santaolalla, “Derecho parlamentario español”, Edit. Espasa-Calpe. Madrid 1990, 409-410.

⁽²⁶⁾ Legislación básica de Derecho Constitucional, Edit. Tecnos S.A. Madrid, 1987. Sobre Uruguay, Reglamentos Camerales, Montevideo, 1991.

⁽²⁷⁾ Un botón de muestra sobre la deficiente racionalización del instituto de la interpelación en el Reglamento de la Cámara de Diputados reformado en 1904, se observa en los comentarios al título X “De las interpelaciones” del letrado secretario de la Corporación Néstor Sánchez, en “El Derecho escrito i las prácticas”. Universo, Valparaíso, 1911, 355-373; Idem: Ismael Valdés V., “Prácticas Parlamentarias”. Barcelona, Stgo. 1906, 171-175.

- d) A nuestro juicio debe reservarse a la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, y no al reglamento cameral, el procedimiento para excluir del campo de preguntas de la interpelación, materias reservadas o secretas, para guardar armonía con determinación de reserva o secreto que debe estar contenida en ley de quórum calificado según lo dispone el nuevo artículo 8° de la Constitución.
- e) El Ministro de Estado debería tener la atribución de designar asesores que la auxilien y acompañen sin limitaciones en la sesión respectiva para responder idónea y oportunamente a las preguntas formuladas.
- f) También es razonable incorporar en una futura reforma un precepto general relativo al artículo 52 N° 1 en orden a que las interpelaciones y comisiones investigadoras no podrán afectar directamente la responsabilidad política de los ministros de Estado, declaración reservada hoy sólo acuerdos, observaciones y solicitudes de antecedentes de la letra a) del precepto citado. Esta salvaguarda permite armonizar los institutos de la función de control y de la función cognoscitiva e inspectiva con los caracteres definitivos del régimen político-tipo de gobierno presidencialista. De esta manera, los eventuales acuerdos u observaciones que la Cámara de Diputados adopte en ejercicio de la “potestad fiscalizadora” y sus institutos (función de control), podrían contener una declaración sobre política general del Gobierno, pero en ningún caso afectar la responsabilidad política de los ministros de Estado. Con ello, instrumentos (en particular la interpelación) de cognición o inspección, pueden inscribirse instrumentalmente en el control político sin sanción.
- g) Por último, es menester considerar una reforma reglamentaria, enderezada a que la Cámara de Diputados con el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio pueda citar o comparecer en casos urgentes y calificados a ministros de Estado a presencia inmediata para ser interpelado; caso en el cual la comparecencia se podrá verificar durante una sesión ordinaria o extraordinaria de la Sala. En este caso el ministro de Estado interpelado podría ejercer la prerrogativa de excluir del petitorio de interpelación cualquier pregunta o declinar responder preguntas formuladas por los diputados interpelantes. En este sentido la racionalización mínima de la interpelación a no “más de tres veces en un mismo año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio”, no es incompatible con una “interpelación de urgencia”.
- h) Asimismo, la Reforma Constitucional permite sostener la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9° de la Ley N° 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional, que obliga a los organismos de la Administración del Estado a proporcionar los informes o antecedentes que les sean solicitados por las “Cámaras o por los organismos internos autorizados”, ya que la soli-

cidad de antecedentes (denominado “oficio fiscalizador”) queda reservada a los diputados en los términos del literal a) del N° 1 del artículo 52 de la Constitución. Todo ello sin perjuicio de la función presupuestaria del Congreso Nacional, y el rol asumido por las comisiones de Hacienda de las Cámaras y por el órgano bicameral especial denominado Comisión Mixta de Presupuestos (artículo 67 de la Constitución, artículo 19 de la Ley N° 18.918 y Leyes de Presupuestos anuales).

- i) Finalmente, cabe subrayar como comentario crítico que conferir al Senado este instrumento anómalo de pseudo-interpelación en el inciso segundo del artículo 37 de la Constitución, resulta inconciliable con lo previsto en el artículo 53 inciso final de la Constitución, que por especialización funcional le niega a la Cámara Alta el control político del Gobierno.

Los elementos críticos enunciados pueden a nuestro juicio ser incorporados en el debate constitucional de futuro, y por cierto, en la medida de lo posible y de lo pertinente en futuras modificaciones del Reglamento de la Cámara de Diputados o de la Ley N° 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional, según corresponda.

La Reforma Constitucional de 2005 comentada en sus institutos de control político parlamentario permite reforzar el control político del Parlamento o Congreso Nacional, y por ello guarda armonía con un Estado de Derecho que exige a todo poder estar sometido a control, axioma que tiene concreción en controles horizontales, verticales, intra e inter órganos, cuyo máximo es hoy en intensidad el control de constitucionalidad de la ley. En cuanto al control político parlamentario como control horizontal e interórgano esta referido al Gobierno y Administración, conceptos funcionales y orgánicos, que en nuestro contexto quedan englobados en la institución presidencial. En último término el control puede llegar a ser «*antesala y presupuesto de la responsabilidad*» (Vanossi)⁽²⁸⁾, sea esta responsabilidad directa o indirecta, normal u anormal, como sucede con el “impeachment” o acusación en juicio político; campos en que la minoría-oposición tiene un rol de primer orden; pero de ordinario el control parlamentario se ejerce y confunde con sus medios de cognición e inspección.

En el caso de Chile la Constitución de 1980, reformada en diecisiete ocasiones, contenía “enclaves autoritarios” que paulatinamente en la transición política han sido removidos, siendo la Reforma Constitucional de 2005 el cierre de esta transición. En el pasado un fallido proyecto de reforma constitucional abordó entre otras materias la modificación sustantiva del actual artículo 52 N° 1 de la

(28) **Vanossi, J.R.A.:** «El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social» Eudeba, Buenos Aires, 1987. pág. 94.

Carta que instituye la «potestad fiscalizadora» de la Cámara de Diputados, introduciendo como nuevos medios de cognición e inspección: las interpelaciones y comisiones de investigación, asegurando a una minoría cualificada el ejercicio de estos «derechos de control». La Reforma Constitucional de 2005, como lo hemos expuesto, retoma con éxito este reforzamiento del control político parlamentario.

En esta ocasión nos hemos referido a las interpelaciones como medios o instrumentos de la función cognoscitiva-inspectiva del Parlamento que permite un control político más eficiente. Además esta reiterar la idea de que con un Parlamento «racionalizado» carente en el pasado de efectiva centralidad como el de Chile, una Reforma Constitucional como la comentada, orientada a fortalecer las atribuciones y funciones de la Cámara de Diputados (y democratizar el Senado, por la vía de suprimir las categorías de senadores por derecho propio y designados), contribuye a encauzar en el presente al régimen político a un camino de efectiva democracia representativa (forma de Estado) y a un tipo de gobierno presidencialista «autónomo de equilibrio de poderes» (Colomer Viadel) o simplemente a un presidencialismo temperado o atenuado.

De este modo, en la nueva relación Parlamento-Gobierno y en el contexto de un arraigado presidencialismo, los medios de la función cognoscitiva e inspectiva del Parlamento permiten allegar «información exhaustiva» para el ejercicio de otras funciones y si está encaminada a verificar la correspondencia de la actividad del Gobierno y de la Administración con orientaciones parlamentarias cae dentro de la función inspectiva (G.De Vergottini). La función cognoscitiva e inspectiva queda así por sus medios frecuentemente subordinada al control político parlamentario y a las valoraciones político-programáticas de la minoría-oposición.

V. INTERPELACIONES EN REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El desarrollo reglamentario de las interpelaciones se contiene en el libro III del Reglamento de la Cámara de Diputados, Título IV Bis, de las preguntas a los ministros de Estado, que fue incorporado el año 2006, mediante reforma a dicho cuerpo reglamentario aprobada por la Cámara Baja, a fin de hacer posible la puesta en “vigencia” de este mecanismo, después de haberse generado un debate al interior de la corporación acerca de la necesidad de tal desarrollo normativo infraconstitucional, para conferirle valor y eficacia normativa al nuevo artículo 52 N° 1 letra b) de la Constitución.

El nuevo Título IV Bis del Reglamento cameral, adiciona los artículos 303, quáter, quinquies, sexies, septies, octies y nonies, para hacer posible que la Cámara de Diputados pueda citar a un Ministro (a) de Estado para formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo.

La interpelación o “citación” de un Ministro de Estado estará sujeta a la

reglamentación siguiente:

- Un Ministro de Estado no puede ser citado más de tres veces dentro del año calendario.
- La excepción a la regla anterior se produce, cuando existe acuerdo previo de la mayoría absoluta de los Diputados (as) en ejercicio.
- La asistencia tiene carácter de obligatoria.
- Las consultas que se formulen se deberán referir a las materias que motivaron la citación.
- Las respuestas a las preguntas que se le formulen serán directas y personales.
- La solicitud de citación deberá ser presentada por escrito en la Secretaría de la Cámara.
- Deberá ir acompañada del cuestionario temático sobre el que versarán las preguntas, e ir acompañada de los documentos que el peticionario estime conveniente.
- La solicitud deberá ser suscrita por un número de Diputados que, a lo menos, represente al tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara.
- De la solicitud se dará cuenta en la sesión más próxima que celebre la Cámara.
- En dicha sesión se deberá señalar el día determinado para la comparecencia.
- La solicitud se entenderá aprobada con el asentimiento de la sala, existiendo el quórum necesario.
- Si hubiese oposición la petición deberá someterse a votación la que se entenderá aprobada con el voto favorable de un tercio de los Diputados en ejercicio.
- El Ministro será notificado personalmente o por Cédula por el secretario de la corporación o por quien este designe dentro de las 48 horas siguientes a la aprobación de la solicitud.
- Al Ministro se le hará entrega de copia íntegra de la solicitud y de sus anexos.
- La sesión deberá celebrarse no antes de cinco días ni después de diez contados desde la notificación.
- Se podrá fijar una sesión especial al efecto o destinar un tiempo no inferior a una hora a continuación de la lectura de la cuenta de alguna de las sesiones ordinarias que se celebren dentro del plazo señalado.
- En el pleno el Diputado (a) designado para interrogar al Ministro formulará las preguntas de una en una, pudiendo referirse a los antecedentes

que justifican su formulación en un término de hasta tres minutos por cada una de ellas.

- Estas deberán ser respondidas una a una inmediatamente después de formuladas y durante un lapso no superior a cinco minutos por cada una de ellas.
- El Diputado (a) tendrá derecho a pedir de manera inmediata aclaraciones sobre cada una de ellas por un tiempo no mayor de tres minutos y la aclaración no podrá ser formulada en término superior a cinco minutos.
- Concluidas la ronda de preguntas, respuestas y aclaraciones dispondrán los Jefes de Bancada o quienes ellos designen de hasta tres minutos para formular precisiones sobre la materia de la convocatoria, en este caso la bancada a la que pertenezca el Diputado (a) interrogador será la última en formular sus precisiones, contando el Ministro con un plazo de tres minutos para hacer sus comentarios.
- El Ministro podrá, excepcionalmente, excusarse de contestar y en este caso deberá precisar la sesión en que concurrirá a responder.
- Si el Diputado (a) designado para formular la pregunta no se halla presente en la sala cuando el Ministro se disponga a responder, se entenderá que ha renunciado a la pregunta pertinente.
- Cuando la materia sobre la que recae la pregunta tiene el carácter de secreta, el Presidente de la Cámara deberá constituir la Sala en ese carácter hasta que concluyan las respuestas y aclaraciones correspondientes.
- La hora de término de las sesiones se entenderá prorrogada hasta que se formule la última pregunta, se entregue la última respuesta y se formulen las aclaraciones, incluido el tiempo asignado a cada bancada.
- El Diputado (a) designado para formular las preguntas lo hará de pie desde su ubicación en el hemiciclo y el Ministro responderá desde el podio ubicado a un costado de la testera.

En suma, con la reforma al Reglamento de la Cámara de Diputados, la atribución de dicha corporación de “fiscalizar los actos del Gobierno” (antiguo artículo 48 N° 1, nuevo artículo 52 N° 1), que sigue en esta redacción a la Constitución de 1925, sale fortalecida y amagado cualquier debate artificioso como lo hubo acerca del valor y eficacia normativa del precepto constitucional citado.

Subsisten viejas cuestiones acerca del ámbito del control político. La expresión, “fiscalizar los actos del Gobierno” ha sido objeto de una copiosa discusión doctrinaria, la cual es recogida en los dos proyectos con los cuales se inicia la discusión de la Reforma Constitucional. Idea central de los referidos proyectos,

que se valida en el transcurso de la tramitación de la Reforma, era la de constitucionalizar la institución de las comisiones investigadoras y regular la citación o interpelación de los ministros de Estado, entregando la regulación del procedimiento al reglamento o a la Ley Orgánica del Congreso Nacional.

A pesar de estas viejas cuestiones, se verifica una reforma cualitativa y especialmente práctica al momento de regular la “potestad fiscalizadora”, que las podemos entender “como la emisión de un juicio de valor, que se formula a la luz del examen de un determinado acto del Gobierno, hecho en correspondencia con el ordenamiento jurídico y con los principios consensualmente aceptados por la sociedad, y que dicen relación con el bien común, entendido éste como la esencia ética y jurídica orientada a evitar actos de corrupción, abusos de poder y otros que puedan exceder las rectas facultades del gobernante”⁽²⁹⁾.

Sin duda mecanismos de esta naturaleza contribuyen al fortalecimiento de la democracia, toda vez que la oposición, puede mediante su ejercicio fiscalizar los actos del Gobierno sin necesidad de recurrir a acuerdos ni a conseguir los quórum para la formación de comisiones investigadoras. Con ello se consolida la tradición jurídico-institucional chilena de transparencia y publicidad de los actos públicos que encuentran su consagración en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y en su nuevo artículo 8°, en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y en el artículo 16 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Es de esperar que contemos para el éxito de esta institución con una oposición seria y responsable que haga uso correcto y conforme a derecho de ella y no como mecanismo para vengar derrotas electorales e incluso ventilar rencillas políticas.

VI. CONCLUSIONES

En este apartado de cierre sólo resta retomar el tratamiento de las interpelaciones a partir de su inserción en nuestro presidencialismo.

De este modo, el estudio del Parlamento o Congreso Nacional y el control político parlamentario, y los medios de cognición e inspección acometidos en este trabajo, en especial las interpelaciones, exigen el empleo de un esquema teórico-práctico, que adecuado a la realidad del régimen político y tipo de gobierno, den cuenta de la imperiosa centralidad de la institución parlamentaria en el Estado democrático, superando esquemas modélicos añejos y lastres ideológicos, que en el

⁽²⁹⁾ Martínez O., Gutenberg, “Fiscalización parlamentaria y comisiones investigadoras: análisis y propuestas”. Ed. Jurídica de Chile, 1998.

fondo trasuntan desconfianza o repulsa de la democracia como forma de Estado.

A nuestro juicio la mentada crisis del Parlamento, en ocasiones ideada sobre bases modélicas y fines ideológicos como lo hace Schmitt, no es sino la transformación de la institución liberal burguesa decimonónica (anclada en el dogma de la soberanía parlamentaria y de la representación política) dedicada a vigilar al Poder Ejecutivo para proteger la libertad y la propiedad (en especial en contextos monárquico constitucionales), para lo cual estaba dotada de funciones e instrumentos apropiados a sus fines. Pero una vez superada la «coincidencia» liberalismo-democracia en el Estado Benefactor o tardocapitalista, las funciones e instrumentos del Parlamento cambian en sus centros de gravedad y orientaciones.

En el contexto del Estado Benefactor, de la democracia de partidos, de la representación de intereses, entre otros fenómenos, más que un desplazamiento de poder efectivo del Parlamento, se ha consolidado una verdadera «poliarquía» en que sobresale como un sistema cerrado la Burocracia, transformándose la Administración estatal en el objeto preferente de la realzada función de control político parlamentario.

Precisamente referirnos a la centralidad del Parlamento significa aludir al control político parlamentario en especial del Gobierno-Administración, para que el “Poder Ejecutivo” fuerte no sea incontrolado y se conserve el Estado de Derecho como forma jurídico-política de la democracia representativa. De esta manera, la valoración positiva de instrumentos de cognición e inspección, en especial de la comisión de investigación y de la interpelación no es un ejercicio de «ingeniería constitucional» (Sartori)⁽³⁰⁾, para restaurar una centralidad perdida de la institución parlamentaria, sino la valorización de medios o instrumentos que, integrando la función cognoscitiva e inspectiva, permiten hacer efectivo el control político parlamentario en su plurisignificación y multidimensionalidad, y por ende, inserto en un paradigma de control político del Gobierno adecuado al régimen presidencialista en que efectivamente opera.

En este orden de ideas, P. Lucas Verdú reivindica las categorías de la doctrina italiana de «centralidad» y «funcionalidad» del Parlamento, como diversas de las añejas omnipotencia y soberanía parlamentaria, insertas en una organización estatal en que los órganos están dotados de diversos controles, y en último término los propios derechos fundamentales importan límites negativos y positivos del poder. La centralidad de la institución parlamentaria descansaría en cuatro elementos interdependientes: «a) recuperación de la posición estratégica que debe corres-

⁽³⁰⁾ **Lucas Verdú, Pablo:** «Curso de Derecho Político». Vol. IV, edit. Tecnos S.A., Madrid, 1984. Pág. 612-657. Sobre ingeniería constitucional consultar a **Giovanni Sartori:** «Ingeniería Constitucional Comparada» F.C.E., México D.F., 1994, pág. 211-218.

ponder al Parlamento en el sistema político-constitucional; b) conquista de la capacidad para cumplir las grandes decisiones y dictar sus correspondientes orientaciones; c) hallar un punto que interrelacione el sistema de órganos representativos y los diversos sujetos institucionales existentes en el país; d) Identificar el Parlamento como lugar de respuesta inmediata a las demandas que provienen de la sociedad»... y la funcionalidad esta referida a la pluralidad de centros funcionales del Parlamento que exceden la relación fiduciaria.

Hemos demostrado que el control político del poder es un elemento básico del poder estatal en un Estado de Derecho. Sin embargo, en sí mismo el término control tiene acepciones diversas en lengua inglesa y francesa, en la primera implica dominio, supremacía (Sánchez Agesta, Torres del Moral) y en la segunda comprobación, examen, inspección, registro y revisión. Las acepciones singularizadas tienen una estrecha relación con el tipo de gobierno y régimen político, por lo que un típico control político, como el control parlamentario, puede operar en regímenes parlamentarios, presidenciales, semipresidenciales, presidencialistas pero su alcance en el campo de la responsabilidad política difiere en la teoría y en la práctica.

No cabe duda que disociado el control político parlamentario de la responsabilidad política, tal disociación se produce tanto en los regímenes parlamentarios como presidenciales, tratados éstos como tipos polares, sea por la lógica del Estado de partidos (mayoría parlamentaria-gubernamental) o por la lógica del régimen presidencial, en el que no cabe la relación fiduciaria Gobierno-Parlamento.

En suma, tenemos una paradoja, consistente en que el control parlamentario, con independencia del régimen político tiene por objetivo una lejana responsabilidad política indirecta o “difusa” (Torres del Moral). En este orden de ideas, la función de control y sus medios, si bien recae sobre el Gobierno, examina la actuación de éste para comprobar “si se ajusta o no a lo que el Parlamento considera correcto”; por lo que es la publicidad y crítica de los actos del Gobierno la piedra de toque del verdadero control parlamentario, que hace posible la respon-

(31) **Torres del Moral, Antonio**: “Estado de Derecho y ...” pág. 453 y ss. y pág. 484 y ss. Idem: del mismo autor “Principios de Derechos Constitucional Español”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 3 edic., Madrid, 1992. pág. 191 y ss. Idem: sobre el Estado de partidos un brillante tratamiento politológico encontramos en **Klaus von Beyme**: “La Clase Política en el Estado de partidos”, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1995

(32) **Grewe, Constance y Ruiz Fabri, Hélène** “Droits Constitutionnels européens”, PUF, 1^a edit., Paris, 1995, pág. 550 y ss. También es muy sugestivo el libro de Andrea Manzella “Il Parlamento”, Edit. Il Mulino, Bologna, 1^a edi. 1977, nuova edizione 1991, en especial pp. 135-153, y pp. 319-371.

sabilidad política “difusa”, que no destituye al Gobierno pero si comporta su “desgaste político”⁽³¹⁾. En el fondo la racionalización del Parlamento se extiende, también, al control Parlamentario y a la responsabilidad del Gobierno, como correctivo a la inestabilidad; observándose por Grewe y Ruiz Fabri una “declinación del control con sanción” y una “preponderancia del control sin sanción”; ya que el objetivo hoy del control es asegurar la debida publicidad de la acción gubernamental y la crítica a ésta por la oposición; generándose un fenómeno de “circulación de la información”⁽³²⁾.

La conclusión resulta obvia: la función legislativa racionalizada en el Parlamento moderno, por el fenómeno del Estado de partidos o por la fortaleza de la institución presidencial, encuentra en el control político parlamentario un verdadero contrapeso (Manzella); por lo que resulta imperioso en un régimen presidencialista como el nuestro fortalecer los instrumentos de cognición e inspección de la Cámara de Diputados. Luego, el estudio de las interpelaciones son un verdadero pretexto, en favor de la centralidad y funcionalidad de nuestro Congreso Nacional.

Ciertamente estas categorías de centralidad–funcionalidad están construidas a partir de un tipo de gobierno parlamentario, pero como aporte itálico poseen la plasticidad para designar más que una cuestión de «poderes formales» una primacía de posición del Parlamento, que la inserta en el “indirizzo político” (Manzella). En el continuo Gobierno-Parlamento por obra de la mayoría parlamentaria el control político parlamentario se reorienta a la cognición, inspección y formación de opinión pública, campo en que la minoría-oposición cumple un rol basal.

Con ello retornamos a nuestra primera idea: la forma de Estado democrático-representativa sólo puede ser construida teórico-prácticamente a partir del principio dogma de la división de poderes y del Parlamento o Congreso Nacional como institución con fines de representación política, integración y legitimación del sistema político.

En nuestro país la Reforma Constitucional de 2005 en lo atingente al control político del Congreso Nacional en general y de las interpelaciones parlamentarias en particular, logra dotar en lo formal al Parlamento de una nueva centralidad, en especial a la Cámara Baja, morigerando en parte un presidencialismo extremo y tradicional como régimen político y tipo de gobierno.

Asimismo, la reserva reglamentaria para interpelaciones permite a la Cámara de Diputados regular el funcionamiento de este mecanismo de control político y de cognición e inspección, en el marco de las normas constitucionales (artículo 52 N° 1, letra b) C.P.R.); asegurando así su propia centralidad y funcionalidad.

Ciertamente, fruto de este trabajo se pueden enunciar algunas críticas a la

redacción final que el Poder Constituyente derivado le confiere al mecanismo de las interpelaciones en la Reforma Constitucional de 2005. Tales críticas las hemos recogido sumariamente. Sin embargo, el saldo crítico final acerca del instituto de la interpelación es sin reservas muy positivo, ya que constituyen una de las innovaciones más importantes al estatuto del poder en nuestro país, dotando, como se ha dicho, al Congreso Nacional y a la Cámara de Diputados, por la vía de reforzar el control político, de instrumentos de cognición e inspección del Gobierno y su Administración a través de los ministros sectoriales, de señas de identidad basales como la centralidad y la funcionalidad de estas instituciones del Estado, de suyo difíciles en un régimen presidencialista.

Se impone ahora una aproximación prospectiva del control político parlamentario. Ello por que se ha abierto en Chile a partir del cuadrienio 2006-2010 un nuevo cuadro de realidad institucional, en el cual podemos subrayar dos elementos: primero, las interpelaciones se han incorporado a la escena política (por la vía ejemplar las interpelaciones a los ministros de Educación, Transportes y Secretaría General de Gobierno) hasta ahora con fines electorales y mediáticos, y segundo, la “desgastada” coalición de centro-izquierda gobernante desde 1990, por obra de la crisis que azota a sus partidos políticos y el inevitable transfugismo político, ha perdido la mayoría en ambas cámaras, conformándose una nueva mayoría de oposición en el Congreso Nacional. Luego los instrumentos de cognición e inspección imbricados en la “potestad fiscalizadora” y que son propios de la minoría-oposición en un régimen político, adquieren un dinámica en el proceso político real distinta en un presidencialismo minoritario. Con todo esta aproximación prospectiva del tema quedará para un nuevo encargo.

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA DE LA ARGENTINA: Control de la reforma constitucional

RAÚL GUSTAVO FERREYRA (*)
(Argentina)

SUMARIO: § 1. Planteo. §2. Rasgos básicos. § 3. Conflictos entre poderes: La imprevisión constitucional. § 4. Invención de ideas. La laguna constitucional. Su comprensión. Juicio sobre a qué órgano constitucional compete adjudicar la potestad de control. I. Consecuencia de la laguna constitucional: prohibición absoluta del control del proceso de reforma constitucional. II. La reforma constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad y no viceversa. III. Línea de acción de *constitutione ferenda*. III. A. Encuadre . III.B. Sugerencia para una eventual reforma constitucional. III. C. Argumentos en contra. III.D. Defensa de argumentos propios. §5. Letras finales.

§ 1. PLANTEO

El proceso de reforma⁽¹⁾ que se ejercita para modificar un sistema constitucional constituye la expresión de un poder eminentemente político, porque crea

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho. Doctor de la Universidad de Buenos Aires.

(1) La reforma constitucional puede consistir en: a) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; b) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; c) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada (cfr. ALCHOURRÓN, Carlos: "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*, CEPC, Madrid, 1991, p. 301).

Derecho constitucional. Las constituciones no son perpetuas sino tan solo permanentes, esta ventana al futuro es abierta por la regla insertada en el artículo 30⁽²⁾ de la Constitución federal de la Argentina.

Se ha planteado y desarrollado en otro trabajo que la C.A.⁽³⁾ es nave insignia del sistema jurídico, a condición de que las garantías constitucionales tengan aptitud para respaldar las pretensiones de validez enunciadas en la Ley Mayor. En ese contexto, reforma y control judicial de constitucionalidad son definidas como paradigma de las garantías constitucionales⁽⁴⁾. No obstante –agrego ahora– puede suceder que la reforma, en lugar de defender sea la que ataque las disposiciones normativas originarias porque se infrinjan los límites prefijados

El análisis sobre el conflicto que puede suscitar la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional es un problema capital del Derecho constitucional, y el consecuente análisis del órgano llamado o sujeto que ha de resolverlo es un “problema secundario”, sencillamente, porque aunque deriva de aquél y es “segundo en orden” tiene anatomía propia⁽⁵⁾.

(2) Allí se dispone: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. El proceso de reforma observa 3 etapas: a) iniciativa, exclusiva y excluyente potestad del Congreso de la Nación; b) debate y elección, exclusiva del Congreso en torno a los temas que serán objeto de tratamiento constitucional y del cuerpo electoral, sujeto originaria encargado de elegir los representantes que deliberarán en la Convención constituyente; c) propiamente, creación jurídica, potestad de la Convención.

(3) En adelante C.A., C.N. o Constitución federal, a secas, indistintamente. Allí se dispone: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. Por de pronto, el proceso de reforma observa 3 etapas: a) iniciativa, exclusiva y excluyente potestad del Congreso de la Nación; b) debate y elección, exclusiva del Congreso en torno a los temas que serán objeto de tratamiento constitucional y del cuerpo electoral, sujeto originaria encargado de elegir los representantes que deliberarán en la Convención constituyente; c) propiamente, creación jurídica: potestad de la Convención.

(4) V. FERREYRA, Raúl Gustavo: “Poder, Democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”, “Cuestiones Constitucionales”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 11, julio-diciembre 2004, México, D.F.; ver, en especial, pp. 94/95 y 123/130.

(5) En rigor, al hacerse alusión al “problema”, son dos las cabezas que quedan expuestas o interrelacionadas, aunque a veces no sea evidente. Esta variedad, pues, depende del hecho de que “secundario” indica en el lenguaje empleado una relación temporal y no axiológica, denotando, simplemente, lo que viene después.

Me limito en este trabajo, por razones de espacio, al análisis y valoración de los aspectos sobresalientes que presenta el problema “secundario”, como luce en el epígrafe: al control, propiamente, del proceso de proceso de reforma; el problema “primario” es tratado en otro lugar, contribución a la que *brevitatis causae*, se remite al lector. Brevemente, se asevera, que, la reforma inconstitucional⁽⁶⁾, es la más grave patología de un sistema jurídico; consecuentemente, su remedio —si ha de tenerlo— es una de las decisiones más complejas que han de ser abordadas en una comunidad.

§2. RASGOS BÁSICOS

Se enuncian en esta sección las proposiciones que se discuten en los próximos desarrollos. Constituyen una explicación anticipada.

Primero. El proceso de reforma constitucional genera un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. La creación constitucional es una facultad privativa del Congreso, del cuerpo electoral y de la Convención Nacional Constituyente (cfr. arg. arts. 1º, 22, 30 y 37 de la C.A.⁽⁷⁾).

(6) Puede consultarse: FERREYRA, Raúl Gustavo: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Porrúa, México, 2007, pp. 325-493. El significado de inconstitucionalidad incluye, en el análisis, la idea de disconformidad. La inconstitucionalidad de una reforma puede asumir dos formas: una débil, aparentemente remediable; una fuerte, seguramente irremediable. Tal distinción es consecuencia, de esta otra: validez formal y validez material. Una reforma es inválida formalmente, si no se observó la regularidad de las reglas que ordenan el proceso de reforma. Toda reforma que infrinja o ponga en tela de juicio o de sospecha el cumplimiento estricto de los límites formales, podrá ser atacada por portar esta patología: inconstitucionalidad, por haberse infringido tales limitaciones.

Es inválido por razones materiales un cambio que afecte una materia disciplinada por la Constitución considerada intangible, de imposible modificación, por infringir una limitación material. Se está efectivamente en presencia de una abolición de la Constitución. Difícilmente, en estos casos, la invalidez material pueda ser reconocida, porque se habría abolido la Constitución anterior. Se trata de una invalidez irremediable. Supóngase que en el futuro, el pueblo argentino, en libre decisión, decidiese cambiar la forma de gobierno republicana por la monarquía. La eficacia del cambio quedaría respaldado en la medida que fuese objeto de verificación y hasta de consenso: la nueva regla es frecuentemente obedecida por los llamados a obedecer. Pero también resultará indiscutible que la ruptura de la república constituiría la destrucción de una pieza clave de la forma de convivencia organizada por la Constitución: todos los ciudadanos, en libertad, sin otro requisito que la idoneidad, se encuentran potencialmente en condiciones de acceder a la conducción de los asuntos de gobierno.

(7) Reglas de la Constitución federal de la Argentina pueden ser consultadas, por todos, en el *website*: www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.

También en <http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constra.htm>

Segundo. Hay sectores de la vida estatal que no han sido objeto de ordenación constitucional. Referir que la Constitución federal es un sistema abierto no significa que esta apertura sea ilimitada a cualquier mecanismo de integración normativa por la vía de la interpretación judicial. La Constitución federal de 1853/1860, con las reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994, no prevé la asignación de competencia a un órgano o sujeto para resolver el control de constitucionalidad de una reforma constitucional. La consecuencia inmediata de esta imprevisión normativa en el texto constitucional⁽⁸⁾, significa que los poderes constituidos no están potestados para resolver el conflicto porque carecen de competencia hasta nuevo aviso, es decir, hasta que una futura reforma constitucional de cobertura al vacío jurídico.

Tercero. Hasta allí brindo la interpretación de *constitutione lata*, es decir, la interpretación constitucional que juzgo adecuada de acuerdo al texto normativo cuya validez resulta hoy indiscutible.

Cuarto. De *constitutione ferenda*, sería plausible que una futura reforma constitucional aborde la cuestión y regule la materia.

¿Cuál es la propuesta normativa?

Veamos.

Quinto. Si agotados todos los esfuerzos interpretativos, por la vía de la jurisdicción constitucional, se comprueba que el proceso de reforma *in totum* o alguna de sus etapas no cumple con las disposiciones normativas que gobiernan el cambio constitucional formalizado, tratándose la enmienda de una decisión política de significativa trascendencia, detectado el vicio en el marco de la acción de inconstitucionalidad y hecha la declaración sobre el punto objeto de debate constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁹⁾ deberá dirigir la resolución al Congreso. Una vez examinada la cuestión constitucional básica, el Congreso deberá convocar al control ciudadano.

Se considera que la propuesta es coherente con la posición adoptada en esta contribución. En efecto, finalmente, lo que se trata de expresar es que la tarea de producir la legislación de más alto rango y jerarquía, concretamente, las disposiciones normativas constitucionales, debe llevarse adelante por intermedio de un proceso político en el cual puedan expresarse y conjugarse todas, absolutamente todas, las opiniones cuya finalidad sea el bienestar general comunitario.

(8) Cfr. SAGÜÉS, Néstor: "Reflexiones sobre la imprevisión constitucional", La Ley, 14/10/2003, p. 2.

(9) En adelante, también, de manera indistinta: CSJN.

§ 3. CONFLICTOS ENTRE PODERES⁽¹⁰⁾: LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

I. La inconstitucionalidad de la reforma como conflicto de poderes

Se insinúa un listado, incompleto, de los vicios imaginables que podrían, eventualmente, presentar la incoherencia en términos constitucionales el proceso de reforma. Dado que nunca hay experiencia total, entonces voy a dar cuenta de un listado parcial.

Veamos.

Así, por ejemplo, que ocurriría si:

- i.* El Congreso federal no fijara, al declarar la necesidad de reforma, la materia constitucional objeto de reforma.
- ii.* Los convencionales constituyentes fuesen elegidos por el Congreso, prescindiéndose de la convocatoria al cuerpo electoral.
- iii.* La Convención Nacional Constituyente extendiese sus sesiones fuera del plazo predispuesto para su labor institucional por el Congreso federal y, además, culminase sus sesiones produciendo una reforma constitucional.
- iv.* La Convención Nacional Constituyente decidiese reformar una materia constitucional no declarada objeto de reforma por el Congreso federal. En tal hipótesis, el cuerpo electoral tampoco tendría ocasión de deliberar sobre el particular, quedando sin respuesta si los ciudadanos y ciudadanas estarían dispuestos a respaldar o a no apoyar lo resuelto por criterio mayoritario de los miembros de la Convención Constituyente.
- v.* La Convención Nacional Constituyente, luego de respetarse puntiliosamente las etapas de iniciación y deliberación pública que configuran el proceso de reforma, decidiese: *(a)* revisar el sistema de gobierno —el presidencialismo deja paso al parlamentarismo— y/o *(b)* revisar la forma de orientación jurídica del Estado argentino —el federalismo deja paso a la formación de un Estado confederado o regional.

Ninguna de estas reformas haría que el cambio deambulara como sonámbulo. Empero, son irregularidades de indiscutible trascendencia institucional, que

⁽¹⁰⁾ “Se entiende por “conflictos entre poderes del Estado”. Primero, para ser parte en él debe tratarse de un poder del Estado, vgr.: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, poder constituyente. Segundo, se excluyen del concepto los “poderes” no mencionados expresamente por la Constitución federal; los actos u omisiones que suscitan el conflicto debe ser imputables al Estado realizados por los poderes en cuestión. Tercero, en principio, debe tratarse de actos u omisiones ejecutados u omitidos por los poderes del Estado en el ámbito de las competencias atribuidas por la Constitución federal, y no por el derecho consuetudinario.

hacen pensar en cuales han de ser las herramientas disponibles para controlar al poder constituyente, en tales casos.

De manera más simple: ¿Por qué se ha de reflexionar que el proceso de reforma constitucional sería susceptible u objeto de control?

Ninguna de las inquietudes delineadas tendría, objetivamente, sentido jurídico constitucional, si se ha de estar de acuerdo en que la relación de los poderes del Estado con la disposición normativa por él ejecutada o cumplida queda establecida, como regla, en la “regularidad” de la función.

Naturalmente, presumir o predicar en derredor de una “función irregular de uno de los poderes del Estado”, pareciera una *contradictio in adjecto*. Hans Kelsen⁽¹¹⁾ se representa la posibilidad de la “irregularidad funcional” de un poder del Estado. Oigamos sus propias palabras: “...¿Quién decide si la norma que ha de ejecutarse es regular, es decir, si ha de ejecutarse o no?” Y a esta pregunta dos respuestas son posibles: o bien aquel que ha de ejecutar la norma o bien una instancia diferente, que pudiera ser el que creó la norma...”⁽¹²⁾.

El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución federal implica objetivar una doble distinción: (a) entre poder constituyente originario y derivado; (b) entre poderes constituyentes (originario y derivado) y poderes constituidos. La normatividad de la Ley Mayor trae como corolario que los poderes tienen o poseen las competencias que la propia Constitución les confiere.

¿Qué caracteriza a la inconstitucionalidad de la reforma como conflicto? El término “conflicto” muestra una inocultable equivocidad⁽¹³⁾. Sin ánimo de deslizar abstracciones geométricas sobre el particular, se asume que un conflicto se desata cuando un poder del Estado traspasa los límites de su propia esfera de competencias por acción o por omisión. El conflicto se suscita entre poderes. Más concretamente: en el conflicto constitucional entre poderes del Estado el objeto principal es una vindicación de competencia y por ello no puede quedar reducido a un proceso de mera impugnación.

La vía idónea para la resolución de los “conflictos entre poderes” es, innegablemente, la política, apelándose a propiciar el diálogo y consolidar los consensos obtenidos por la vía legítima de la negociación. La implantación de este proceso marca un interesante grado de desarrollo de la jurisdicción, ausente en el modelo constitucional federal. Queda evidenciado, en estos casos, que la

(11) KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*, México, 1959, p. 370.

(12) KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 374.

(13) V. HUERTA OCHOA, Carla: *Conflictos normativos*, UNAM III, México D.F., 2003, p. 64.

controversia tiene arraigo constitucional y filiación política, pero su resolución debe ser conducida y solucionada por la vía de la jurisdicción, en defensa de la intangibilidad de la Constitución, específicamente, resguardar la idea política felizmente dominante: la división de poderes, prevista para el ejercicio de las competencias propias de cada uno de los poderes estatales.

El conflicto entre poderes del Estado es un conflicto constitucional, porque en el sustrato u origen de la cuestión habrá siempre una alegación de inconstitucionalidad, directa o indirecta. Razón más que elocuente para suscribir que se persigue la defensa objetiva del sistema constitucional, que si bien es cierto se manifiesta con mayor intensidad en el control de constitucionalidad, no por ello desaparece en la dimensión que se analiza.

Prácticamente, en casi todas las constituciones de los entes autónomos que constituyen la federación argentina –23 provincias y una Ciudad Autónoma– se diseñó el “conflicto entre poderes públicos”. Solamente, la Constitución de la Provincia de Catamarca prevé, expresamente, que el conflicto disparado por la alegación de inconstitucionalidad de una reforma constitucional es competencia del Más Alto Tribunal de Justicia de esa provincia⁽¹⁴⁾.

En el texto de la Constitución de la Confederación Argentina del 1º de mayo de 1853, concretamente en la disposición normativa contenida en el artículo 98, se legisló la competencia originaria y exclusiva de la Corte para entender en la “decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia”. Nótese que esta reglamentación no se extendía a los “conflictos entre poderes públicos del Estado”; ni una letra constitucional se dedicó a esta cuestión. La regla constitucional referida a los conflictos públicos entre los poderes de las provincias fue suprimida en 1860, al cerrarse el momento constituyente originario del Estado argentino.

Una reforma inconstitucional configura un conflicto de poderes públicos del Estado, porque en alguna o en todas las etapas del proceso de reforma se puede llegar a presentar una irregularidad, cometida por acción u omisión, que traspasa los lindes constitucionalmente fijados como competencia para su actuación. El texto constitucional federal argentino, más allá de su vocación de perdurabilidad y resistencia, no contiene ningún parámetro de referencia expreso que describa cómo y cuándo puede suscitarse este conflicto de constitucionalidad. Ergo,

(14) En la constitución catamarqueña se dispone expresamente sobre la cuestión de constitucionalidad y solución de una reforma inconstitucional. Prescribe el artículo 290: “Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, serán absolutamente nulas y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aun de oficio”.

tampoco, con arreglo a lo expuesto, el control del proceso de reforma constitucional, es decir, la observancia del cambio formalizado de la Ley Mayor, puede hallar regulación normativa constitucional expresa en el texto de la Constitución federal argentina. No encontrándose reglamentado el conflicto, pese a su carácter excepcional, tampoco podría hallarse en el texto constitucional –como sucede– la regla de oro que fijaría los parámetros de solución o el escenario en que se ha de desenvolver, normativamente, el órgano o sujeto constitucional convocado para resolver tan espinoso problema.

La Constitución federal de la Argentina no constituye un sistema cerrado ni omnicompreensivo⁽¹⁵⁾. Este sector de la vida estatal no fue constitucionalmente ordenado; no hay previsión constitucional. El órgano de interpretación debe cumplir su tarea dentro del marco de la función constitucional a él encomendada. Peculiarmente, el juez constitucional desarrolla una tarea cognoscitiva: declara el derecho preexistente; si el intérprete judicial se sobrepone al texto, deja de interpretar e ingresa al cambio no formalizado, la contrarreforma constitucional.

Respecto de la imprevisión constitucional, se ha observado que puede hablarse de una “buena” y otra “mala”. La primera especie parte del supuesto de asumir los límites del poder constituyente; se puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. La imprevisión constitucional “mala”, en cambio, acontece cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, en el texto constitucional se guarda silencio respecto de una regulación sobre la que correspondía prescribir jurídicamente y, por ende, pronunciarse⁽¹⁶⁾.

Sin dudas, esta laguna histórica en la Constitución federal respecto de la configuración de inconstitucionalidad de una reforma y sobre el control de dicho proceso, si se apela a la nomenclatura propiciada debería ser considerada como una imprevisión “buena”. Aunque no es una materia absolutamente irrepresentable, considero, ciertamente, que se trata de una cuestión novedosa y producto de una nueva situación. El tiempo obliga a repensar la necesidad de *aggiornar* la Constitución a nuevos desafíos.

(15) HESSE, Konrad: “Constitución y Derecho Constitucional”, en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 6.

(16) SAGÜÉS, NÉSTOR P.: “¿Reflexiones sobre la imprevisión constitucional?”, en la obra *Imprevisión y Reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional*, SAGÜÉS, Néstor y PALOMINO MANCHEGO, José F., presentación de Domingo García Belaunde, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, pp. 15-16.

§ 4. INVENCION DE IDEAS. LA LAGUNA CONSTITUCIONAL. SU COMPRENSIÓN. JUICIO SOBRE A QUÉ ÓRGANO CONSTITUCIONAL COMPETE ADJUDICAR LA POTESTAD DE CONTROL

I. Consecuencia de la laguna constitucional: prohibición absoluta del control del proceso de reforma constitucional

Queda en evidencia la inexistencia de una previsión constitucional respecto del tema objeto de análisis. Resta considerar en esta sección, primero, si el caso tiene solución y, segundo, en caso de tenerla, cuál es la ruta a transitar.

En primer lugar, se analiza la cuestión desde el horizonte de proyección que suministra, de *constitutione lata*, la Constitución federal vigente. Posteriormente, el campo de reflexión se traslada al de *constitutione ferenda*.

Observa, acertadamente, el jurista mexicano Diego Valadés que controlar al poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. El control del poder supone dos niveles de acción: por un lado, los controles que el poder se autoaplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana. A la primera modalidad se la puede denominar controles internos; a la segunda, controles externos, que suponen la intervención de los ciudadanos y electores⁽¹⁷⁾.

Controlar un proceso de reforma constitucional significa controlar al poder constituyente derivado. Ergo, controlar al poder es un acto de poder⁽¹⁸⁾. Los instrumentos o herramientas que se predisponen para controlar al poder son parte del poder.

Dentro de la tipología de controles enunciados por la Constitución federal argentina, no existe redactado en la letra constitucional el control del poder del proceso de reforma. Ni tampoco, obviamente, el “conflicto entre poderes públicos del Estado”⁽¹⁹⁾. Ahora bien, ¿qué significa constitucionalmente esta ausencia?

(17) VALADÉS, Diego: *El Control del Poder*, Porrúa y UNAM, México D.F., 2000, pp. 2 y ss.

(18) VALADÉS, Diego: *El Control del Poder, op. cit.*, p. 17.

(19) Hace 10 años, en sentido coincidente con la postura aquí expuesta, Sagüés dijo que el “conflicto de poderes... se trata de una figura no atendida explícitamente por la Constitución ni por el grueso de la doctrina constitucional local. De hecho, debe partirse de la constatación de un caso de laguna o vacío constitucional”. V. SAGÜÉS, Néstor: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los conflictos de poderes”, en *Doctrina Judicial, La Ley*, t. 1998-2, Buenos Aires, p. 516. Sagüés expresó que los “conflictos de poderes”, *stricto sensu*, asumen dos tipos. El primero, se produce cuando un poder asume competencias del otro; el segundo, acontece cuando un poder del Estado no obedece la decisión tomada por otro, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. V. Sagüés, Néstor: *op. cit, ut supra*, p. 511.

¿Puede ser cubierta la imprevisión constitucional acudiéndose ya sea a la heterointegración (se trata de rellenar la laguna con disposiciones normativas provenientes de fuente distinta) o a la autointegración (se colma la laguna mediante los recursos provistos por la misma fuente)?

Las deficiencias de las fuentes jurídicas, entre ellas la Constitución federal argentina, permite comprobar, que, pese a la manifiesta vocación de futuridad de los textos constitucionales, la imprevisión es posible, motivo por el cual las lagunas constitucionales existen.

Comprobada la deficiencia de la producción jurídica, ello no implica deslegitimar el dogma de la plenitud del sistema jurídico, en este caso, el constitucional. Hay un espacio jurídico vacío. No se encuentra constitucionalmente previsto el control del proceso de la reforma.

La Constitución federal nada dice sobre el punto. La invalidez de una reforma no esta contemplada en el lenguaje constitucional.

Insisto: el conflicto entre poderes del Estado suscitado por una reforma constitucional no tiene reglamentación expresa. Consecuentemente, ello significa, como regla, que está prohibido expedirse sobre el punto.

Empero, es conveniente reexaminar esta cuestión y, aunque el conflicto de constitucionalidad no se encuentre regulado, analizar si, aún de ese modo, el control podría prosperar.

Veamos.

Para controlar un proceso de reforma constitucional por observarse vicios en cualquiera de las etapas que constituyen su edificación, existen, al menos, tres tipos de soluciones.

Primera alternativa: asignar competencia para la resolución del conflicto al Poder Judicial.

Segunda alternativa: atribuir competencia para solucionar el conflicto entre poder constituyente derivado y poder constituido, a un control de filiación política que podría insertarse, por ejemplo, en una nueva Convención Constituyente.

Tercera alternativa: dotar de potestad a la Corte Suprema de Justicia de la Nación o al Tribunal que tenga la última palabra en materia judicial y, luego, diferir la solución definitiva al cuerpo electoral, previo paso por el Congreso federal.

Mi interpretación, de *constitutione lata*, es que el vacío lagunoso provocado por la imprevisión del poder constituyente no debe ser resuelto adoptando como punto de partida ninguna de las alternativas descritas.

La C.A. posee “reglas de clausura”. En forma simplificada las disposiciones normativas contenidas en los artículos 1º, 22, 44, 87 y 108 (“sistema del poder”)

y 14, 16, 17, 18, 19 y 75, inciso 22º⁽²⁰⁾ (“sistema de la libertad, igualdad y solidaridad) de la Constitución federal configuran las reglas de clausura del sistema. Descriptivamente, para los ciudadanos las acciones están permitidas, salvo lo prohibido. Para los poderes del Estado, la acción no atribuida a un órgano, estricta y rigurosamente como competencia, está prohibida. Esta regla, basada en la permisión, da sustento conceptual al Estado Constitucional de Derecho: en el ámbito del derecho constitucional del poder, todo lo que no está constitucionalmente atribuido a un órgano, en principio, se halla constitucionalmente prohibido.

Controlar el proceso de reforma constitucional, en cualquiera de sus etapas, configura, a no dudarlo, una cuestión constitucional básica que “viene” originada por un conflicto entre poderes públicos del Estado.

El recorrido por todo el texto constitucional argentino permite aseverar que no existe autorización de ningún tipo para que prospere el control del proceso de reforma bajo la forma de corrección funcional (“Segunda Alternativa” arriba mencionada, por ejemplo, una nueva Convención Nacional Constituyente) y tampoco existe previsión alguna respecto de la posibilidad de que el cuerpo electoral pueda ser llamado a pronunciarse respecto de tan delicada cuestión (“Tercera alternativa”).

Por lo tanto, descartadas ambas alternativas, solamente, queda por analizar y valorar si la cobertura de la imprevisión constitucional sobre el control de proceso de reforma puede resolverse, actualmente, con el texto en vigencia, apelándose al control judicial de constitucionalidad, es decir, transitar la ruta de la mutación constitucional y permitir que, frente al silencio de la letra constitucional, el poder constituido (judicial) se comporte o adopte atribuciones que corresponden, por naturaleza al poder constituyente derivado⁽²¹⁾. Esta acomodación del texto constitucional implica una metamorfosis, una transformación: el texto constitucional permanece intacto, empero, cambia radicalmente el significado que se le atribuye.

Ut supra, en la sección § 2. II, ya se anunció la respuesta negativa. Corresponde ahora trazar los fundamentos de dicha posición, de *constitutione lata*. Expongo, pues, en la subsección siguiente, las buenas razones que, a mi juicio, respaldan la prohibición para que el Poder Judicial, y especialmente su cabeza, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conozca y decida sobre la invalidez de un proceso de reforma constitucional, es decir, ejercer el control de constitucionalidad del cambio formalizado del sistema jurídico constitucional, hasta tanto el poder constituyente derivado describa el parámetro del conflicto y atribuya la competencia de las competencias.

(20) El texto de las reglas citadas puede leerse en :www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf

(21) SAGÜÉS, Néstor P.: “¿Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, *op. cit.*, pp. 18-19.

II. La reforma constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad y no viceversa

Entre la reforma constitucional y el control judicial de constitucionalidad existe un vínculo muy estrecho. El control judicial de constitucionalidad es una herramienta de uso cotidiano. Como garantía, permite que la Constitución sea la Ley Mayor del sistema, es decir, que se asegure y afirme la supremacía constitucional. Sin control judicial de constitucionalidad es absolutamente impensable la primacía de la Constitución sobre el resto de las reglas que integran el sistema jurídico. Porque su significado preciso consiste en que todo el sistema jurídico estatal sea conforme, compatible, coherente, con las reglas de la Constitución federal.

El control judicial de constitucionalidad, regla cardinal en la teoría del gobierno republicano, curiosamente no fue diseñado, y por ende expresamente reglado, en el texto constitucional argentino de 1853/1860⁽²²⁾. En la Argentina, a semejanza del proceso que se vislumbró en el Derecho constitucional norteamericano, la fuente de la que provienen los elementos principales que configuran los requisitos para que proceda el control de constitucionalidad y su radio de acción, se han gestado primordialmente en fuente judicial, es decir, su matriz es pretoriana⁽²³⁾. En una de sus primeras resoluciones judiciales –caso “Calvete”–, la CSJN sostuvo que ella era la intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el Derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión del más Alto Tribunal⁽²⁴⁾. Años después, en 1872, en la causa “Ocampo” la Corte dijo que sus decisiones son finales y que ningún tribunal las podía revocar, representando en la esfera de sus atribuciones la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones⁽²⁵⁾.

¿Cuál es entonces el vínculo entre reforma y control de constitucionalidad?

La reforma es poder constituyente; el control de constitucionalidad opera en el marco del Poder Judicial –poniendo de manifiesto la más alta elevación de la interpretación jurídico constitucional–, es decir, un poder constituido cuya principal misión es la concreción del contenido de las disposiciones definidas por el

(22) SAGÜES, Néstor P.: *Recurso extraordinario*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 105.

(23) BIANCHI, Alberto B.: “¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?”, *La Ley*, t. 1990-E, p. 1089.

(24) CSJN, Fallos, 1:548.

(25) CSJN, Fallos, 12:155.

poder constituyente. Observa Horacio Rosatti con precisión: "... Cuando un pueblo redacta su primera constitución establece para la posteridad un 'antes' y un 'después' no sólo cronológico sino también lógico, separando una especie de *estado de naturaleza* de un *estado de organización*. Esta distinción, trascendente en el mundo jurídico y palpable en el mundo existencial, explica que los autores de la constitución original adquieran un carácter mítico y fundacional, atributos que nunca habrán de tener sus reformadores. Una ficción jurídica establece entre los reformadores (portadores del poder constituyente revisor) y los controladores de la legalidad (portadores del poder constituido revisor) una barrera ontológica abismal; se trata de una ficción tan necesaria desde lo jurídico como incomprendible desde lo existencial, pues en la práctica tanto un convencional constituyente reformador como un legislador ordinario o un juez son intermediarios del pueblo..."⁽²⁶⁾.

La Constitución federal no puede ni debe ser reformada todos los días. Sí, en cambio, tiene que ser interpretada todos los días. El control judicial de constitucionalidad es la garantía que permite esta afirmación de la supremacía constitucional. Sin embargo, históricamente, es la reforma la que diseña el control y no viceversa.

Quizá la respuesta "histórica" no sea todo lo satisfactoria que se desea para justificar la improcedencia del control judicial pleno sobre un proceso de reforma constitucional.

Veamos, entonces, argumentos de naturaleza lógica.

El proceso de reforma constitucional es lo que hace jurídicamente a la Constitución federal una regla única en relación con la cual todas las demás disposiciones pueden ser controladas y enjuiciadas. La Constitución y su proceso de reforma son la referencia del control de constitucionalidad. Cuando no es posible encontrar una interpretación constitucional adecuada por la vía del control judicial de constitucionalidad, no queda más remedio que acudir a la reforma constitucional.

Añado que la Constitución federal, incluida la posibilidad de su propia reforma, configura las reglas que dan origen y fundamento al control judicial de constitucionalidad y a todos los demás controles sobre los poderes del Estado. Aceptar que la regla producida por un poder de jerarquía superior (poder constituyente) pueda ser declarada inconstitucional, y por ende inaplicable, por el Poder Judicial (poder constituido) genera un conflicto que, al violentar la supraordenación lógica, quiebra la coherencia del sistema. Esta rotura del vínculo de jerarquía, donde la potestad del poder delegado es más fuerte que la potestad

⁽²⁶⁾ ROSATTI, Horacio Daniel: "Reforma y control de constitucionalidad", La Ley, tomo 2007-F p. 1455.

del poder delegante, pone en evidencia una prevalencia capaz de afectar el significado mismo de Constitución, en razón de que ésta dejaría de cumplir su finalidad específica de servir de dique de contención al poder constituido. Finalmente, la función constituyente –especie del género función legisferante– puede quedar pulverizada si se acepta su control judicial pleno, cayendo el modelo de separación de poderes, tanto en lo concerniente a la distribución de funciones estatales como en lo referido a los órganos competentes para ejercerlos.

III. Línea de acción de *constitutione ferenda*

III. A. Encuadre

Las ideas que subsiguen apuntan a un mejoramiento del modelo de control de constitucionalidad⁽²⁷⁾.

Luego de analizar y valorar el sistema constitucional federal, se llega a la conclusión que: (a) el proceso de reforma es eminentemente político; (b) la interpretación constitucionalmente adecuada de la Ley Mayor en vigor permite aseverar que no hay órgano ni sujeto dotado de competencia para analizar y pronunciarse respecto de la invalidación de una enmienda.

Se examina ahora el problema planteado por la invalidez de un proceso de reforma constitucional, teniendo en consideración una futura reforma constitucional que estudie, analice y, eventualmente, regule la materia.

La propuesta se limita, estrictamente, a cuanto es materia de debate en esta contribución. Ello no significa que se entienda que otras materias propias del proceso de reforma no deberían ser reexaminadas y objeto también de enmienda. La propuesta de *constitutione ferenda* que se enuncia más abajo se constriñe, exclusivamente, a la definición de los dos problemas capitales decididos: la inconstitucionalidad del proceso de reforma y su control.

III.B. Sugerencia para una eventual reforma constitucional

Primero. Una eventual reforma constitucional debería, por un doble juego de razones, contemplar la configuración en el texto constitucional del conflicto entre poderes del Estado: por un lado porque casi todas las constituciones de los entes

(27) El resultado del recorrido de la investigación sobre la literatura comprueba que, en principio, solamente Jorge Vanossi ha sugerido incorporar al lenguaje constitucional el control judicial de constitucionalidad del procedimiento de reforma; ciertamente, con bases y extensión distintas que las que aquí se proponen con enfoque original. V. VANOSSÍ, Jorge: *La reforma de la Constitución*, Emecé, Buenos Aires, 1988, p. 183.

autónomos de la Argentina lo contemplan; por otro lado, porque los textos de las democracias constitucionales bien asentadas del mundo también lo enuncian. Consecuentemente, aunque la imitación es mala guía, no así la reflexión, que es la propuesta.

Se considera que bastará al respecto con una expansión del artículo 117⁽²⁸⁾ de la Constitución federal, el que quedaría redactado del siguiente modo: “En estos casos la Corte Suprema de Justicia ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a conflictos entre poderes del Estado y a las acciones declarativas de inconstitucionalidad que con motivo de ellos se deduzcan, embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

No cabe duda que las irregularidades en que pueda incurrir la tarea del Congreso federal o de la Convención Nacional Constituyente, en el proceso de reforma constitucional, son susceptibles de ser caracterizadas dentro de la categoría jurídica de los “conflictos entre poderes del Estado”. Efectivamente, se añade la posibilidad de demandar en defensa de la Constitución, describiéndose constitucionalmente como vía más idónea la correspondiente acción para impulsar el conocimiento y decisión sobre los conflictos entre poderes del Estado.

Segundo. También se recomienda una expansión del artículo 30 constitucional. La nueva disposición quedaría redactada del siguiente modo: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Podrá peticionarse el control de la regularidad de las etapas del proceso de reforma, por la vía de la acción y en el caso previsto en el artículo 117. Están legitimados para interponerla: a) El Presidente de la Nación; b) una cuarta parte de los Diputados; c) una cuarta parte de los Senadores; d) una cuarta parte de los Convencionales Constituyentes; e) el Defensor del Pueblo de la Nación; f) el Procurador General de la Nación y/o el Defensor General de la Nación⁽²⁹⁾.

Si la Corte Suprema de Justicia pronuncia la declaración de inconstitucionalidad deberá comunicar la decisión al Congreso, órgano que deberá dar expreso

(28) El texto de la regla citada puede leerse en :www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf

(29) Se asume que no es imperioso describir la legitimación, pero evita una gran cantidad de problemas de interpretación constitucional. También se podría decir en la regla, en forma escueta, “la legitimación será detallada por ley”, pero, insisto, no es aconsejable.

tratamiento a la cuestión dentro del término de tres meses y, con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, convocará a consulta popular vinculante, la que deberá realizarse junto con la primer elección legislativa posterior a la declaración del Congreso. Quedará anulada⁽³⁰⁾ si cuenta con el apoyo de la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos”.

III. C. Argumentos en contra

La primera objeción que se puede deslizar consiste en reprochar que se analiza el problema desde la dicotomía poder contramayoritario/poder mayoritario; es decir: la reforma pareciera fruto de un poder mayoritario y el control judicial como el ejercicio de un poder contramayoritario. En esa perspectiva, se podría argüir que la dicotomía es una falsa representación de la democracia, en la inteligencia que el vuelo democrático se sostiene con múltiples turbinas, que no siempre todas ellas funcionan bien y que, incluso, algunas ni siquiera funcionan.

Una segunda crítica podría sostener que es más democrático un Poder Judicial que se atiene a las reglas de interpretación constitucionalmente adecuadas, que un proceso de reforma que se las salta en perjuicio de la constitucionalidad, por mucho que se las ejerza por intermedio del cuerpo electoral, que no es un bálsamo sanador de vicios.

Tercer reproche. Argumentar es una actividad que consiste en generar razones a favor o en contra de una determinada proposición que se trata de sostener o refutar. En el proceso de configuración de la ley o de la Constitución, los casos son idénticos. El proceso discursivo de los órganos que tienen atribuida la función legislativa o constituyente es de argumentación política, esencialmente elaborada en términos de fines: creación jurídica; en la jurisdicción constitucional, el proceso discursivo es de argumentación jurídica, esencialmente dirigida a la fijación de medios: aplicación jurídica. La necesidad de argumentar en el Derecho, en el Derecho Constitucional en particular, se da en todas las etapas, es decir, tanto en la producción como en la aplicación. Hay buenas razones para creer que

⁽³⁰⁾ Debe llamarse la atención sobre el efecto derogatorio de la consulta popular. Tiene gran importancia. Se parte de la premisa que el proceso constitucional es susceptible de anulación. Esto significa que al proceso de reforma constitucional, con base en la regla que estipula la presunción de constitucionalidad, se lo considera, *prima facie*, que goza de dicha presunción de regularidad. Consecuentemente, la declaración de nulidad tiene efectos solo hacia el futuro. En la consulta popular, el ciudadano tiene en sus manos decidir acerca de la reviviscencia de un sistema constitucional viciado e inadecuado, o su derogación. Al respecto, se preguntó Jean Jacques Rousseau quien tenía derecho a impedir que un pueblo se hiciese mal a sí mismo. (ROUSSEAU, Jean Jacques: *El contrato social* (1762), Altaya, Barcelona, 1993, p. 54).

la interpretación judicial —y su paradigma: el control de constitucionalidad— debe acudir a una extensa y objetivada argumentación de sus decisiones, precisamente a causa de que los jueces de la CSJN no son elegidos directamente por el cuerpo electoral. En el campo de la argumentación del control de constitucionalidad, el parámetro que limita al juez para motivar sus decisiones es la consideración de la disposición normativa, en abstracto y en concreto. Mientras que en el campo de la argumentación política, si bien la limitación jurídica de la soberanía del pueblo no constituye una *contradictio in terminis*⁽³¹⁾, ciertamente, las razones para justificar una decisión residen en reconocer al diálogo como método para elegir y construir los cursos de acción comunitaria, lo que puede incluir el choque de voluntades. Dirían los objetores, en resumidas cuentas, que la argumentación jurídica quedaría “legitimada” por su ejercicio objetivado; la argumentación política, en cambio, quedaría legitimada por su origen, donde la elección popular se yergue como fundamento.

Cuarta observación. Una interpretación armónica de la Constitución federal indicaría que los proyectos referidos a la reforma constitucional no serán objeto de consulta popular vinculante. Aunque la prohibición se encuentra radicada en el artículo 39 constitucional (iniciativa popular)⁽³²⁾ y no en el artículo 40 constitucional (consulta popular)⁽³³⁾, la ley 25.432⁽³⁴⁾, a tono con el lenguaje de la Constitución federal, exceptúa de la consulta popular vincular a los proyectos de ley cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente reglado en la Ley Mayor mediante la determinación de la Cámara de origen o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación.

III.D. Defensa de argumentos propios

Las respuestas que lucen en este apartado respetan el orden en que son presentadas las objeciones en el anterior —§ 4.III.C—.

En primer lugar, cabe consignar que la intención de la propuesta no es desdibujar el control judicial de constitucionalidad, ingresando por la puerta de su legitimación democrática. Precisamente, el significado es el contrario: su refuer-

(31) V. GARZÓN VALDÉS, Ernesto: *Derecho, Ética y Política*, CEPC, Madrid, 1991, pp. 199-200.

(32) El texto de la regla citada puede leerse en :www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf

(33) El texto de la regla citada puede leerse en :www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf

(34) Ver su artículo 1º. Consulta popular vinculante y no vinculante. Disposiciones comunes. Publicada de hecho el 21/6/2001.

zo. La comprensión de la democracia constitucional defendida en esta pieza tiene en cuenta el diferente papel que desempeñan reforma y control. Sobre la reforma confluyen las tensiones más intensas del sistema, circunstancia lógica si se computa que el cambio formalizado es la vía idónea que utiliza el poder constituyente derivado, como poder del Estado, para diseñar el sistema constitucional. El *status* del control de constitucionalidad, ejercido por el Poder Judicial, queda definido a partir de su aceptación como herramienta idónea para afirmar la supremacía jurídico-formal de la Constitución federal frente a los poderes constituidos del mismo rango.

El control de constitucionalidad de una reforma no es una simple escaramuza jurídica. Se trata, verdaderamente, de una situación que revela mayúscula gravedad institucional. En tal sentido, la idea es que el tratamiento de la inconstitucionalidad sea analizado en todos los ambientes posibles y no que su resolución opere, exclusiva y concluyentemente, en el Poder Judicial.

Si, como se señala con acierto, en los procesos de interpretación constitucional se deben insertar todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos, debiéndose abandonar la idea de la sociedad “cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución dando lugar a una “sociedad abierta”⁽³⁵⁾, de manera coherente con dicha posición, cuando se trata no ya de la interpretación sino de la propia configuración, una correcta producción del Derecho Constitucional sólo puede ser fruto del compromiso de una democracia de ciudadanos, porque se parte de la competencia de cada uno de ellos para generar la *res publica*, que es cosa de todos⁽³⁶⁾.

Por lo tanto, la propuesta no implica un reduccionismo de la tarea judicial. Tampoco cuestionar su legitimación democrática.

Se considera razonable dar participación a los ciudadanos, máxime frente a problemas tan importantes para la comunidad. Más allá de las intenciones y formación de los jueces de la CSJN, cuyas cualidades morales y versación intelectual se presuponen fuera de debate, la pregunta es: ¿por qué no deferir, ampliar, el marco de la “lectura constitucional”, sin limitarla al juicio de 9, 7 o 5 personas?

(35) Se trata de la conocida opinión de Peter Häberle: “¿No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales!”. V. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en HÄBERLE, Peter: *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, España, 1996, pp. 17-45.

(36) V. HÄBERLE, Peter: “El Tribunal Constitucional como poder político”, en HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter: *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán), presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, traducción y estudio introductorio de Joaquín Brage Camazano, Porrúa, México, 2005, p. 93.

Si la visión de la democracia presentada se orienta a deferir la creación jurídica, legislativa y/o constituyente, a los representantes de las mayorías y las minorías, la propuesta se engarza en ese derrotero, porque, precisamente, lejos de deshacerse de los mecanismos mayoritarios, la tendencia va hacia su perfeccionamiento⁽³⁷⁾. Porque la democracia es regla de la mayoría, forma de orientación política del Estado que el pueblo se da a sí mismo, a condición de que se respeten los derechos de las minorías.

La segunda crítica tampoco puede prosperar. No se cuestiona la legitimación democrática de los jueces de la Corte Suprema para resolver el conflicto de inconstitucionalidad de una reforma. Es más, bien se puede observar que el primer paso es el desplazamiento del conflicto al departamento judicial, al Más Alto Tribunal de Justicia. En efecto, se confía a la CSJN el conocimiento y decisión de la invalidez de una reforma, demanda de inconstitucionalidad que, obviamente, podría no prosperar. Desde otro ángulo, la propuesta en los términos que se deja expuesta, busca desarrollar la potestad judicial – en este caso de la Corte– porque su deterioro, ciertamente, conspira contra la democracia constitucional al no garantizar la seguridad jurídica⁽³⁸⁾.

Conforme a lo anterior, se intenta adjudicar a la estructura judicial una competencia adecuada. El rechazo de la demanda de inconstitucionalidad de una reforma provocará la terminación del conflicto en sede judicial. En esta circunstancia, pues, no se advierte ningún fenómeno negativo.

Y tampoco es negativa la ampliación del escenario, en caso de prosperar la acción declarativa de inconstitucionalidad. La limitación de los efectos de la judiciabilidad no es para neutralizar la competencia de la CSJN. Se considera sana política constitucional procurar la participación del Congreso y, llegado el caso, del cuerpo electoral. No se observa otra forma para resguardar por completo la coherencia del sistema jurídico que la transferencia descrita. Con las debidas reservas, desde luego, la transferencia al Congreso y al cuerpo electoral es el mecanismo más idóneo para mantener la responsabilidad de todos los actores del sistema.

Haciendo pie en lo expuesto en la sección §3 respecto de la naturaleza política del proceso de reforma –sin importar lo deseable que pueda resultar el control judicial pleno sobre el mismo–, por tratarse de una facultad privativa atribuida a

(37) GARGARELLA, Roberto: “Control constitucional”, en AA.VV: *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 639.

(38) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Funciones del poder judicial en las democracias contemporáneas”, en AA. VV: *El sistema político e institucional*, Lajouane, Buenos Aires, 2006, p. 154.

los poderes eminentemente políticos del Estado, la organización fundamental de la vida comunitaria, la estipulación del mecanismo para resolver las controversias en torno a la validez de las enmiendas, dando la última palabra, también debería poseer elementos de la misma naturaleza: eminentemente política.

La juridicidad constitucional se basa en la premisa que la voluntad de los ciudadanos que integran el pueblo posee mayor autoridad que la de quienes actúen en su nombre y representación. La tensión entre la regla democrática y la regla de supremacía de la Ley Mayor, en caso de verificarse la inconstitucionalidad de una reforma, debe resolverse a favor de la primera, porque es el pueblo el que decide la producción del sistema jurídico y no al revés. El control ciudadano de decisiones políticas de la más alta jerarquía por la vía de la participación leal, abierta, plural e informada, significa fundar la democracia de manera directa, confiando al pueblo su propia organización comunitaria, antes que a los sujetos elegidos o que se ofrecen para ser sus representantes. Sugerir esta forma de construcción no implica ninguna proclama plebiscitaria. Todo lo contrario. Implica seguir sosteniendo y estimulando una cultura constitucional, en la que los ciudadanos, razonablemente, por su cuenta y riesgo, aceptan o rechazan distintas preferencias en el marco de una sociedad abierta. Esta proposición tampoco implica desmentir que las decisiones judiciales son decisiones políticas, entendidas en sentido amplio. De manera convincente, lo que se trata de expresar es que la tarea de producir la legislación de más alto rango y jerarquía, las disposiciones normativas constitucionales, debe llevarse adelante por intermedio de un proceso político en el cual puedan expresarse y conjugarse todas, absolutamente todas, las opiniones cuya finalidad sea el bienestar general comunitario.

Respecto del tercer reproche, curiosamente, se comparte una muy buena porción de los argumentos. No obstante, se advierte, categóricamente, que de ninguna manera se dogmatiza ni se comparte el aforismo "*vox populi, vox dei*". El respaldo de los ciudadanos y ciudadanas es la fuente de legitimación de mayor jerarquía, pero no todo lo legitima, subsana o absuelve.

No se pierda de vista, además, que previa intervención del cuerpo electoral, se encuentra el análisis de la cuestión por el Congreso federal.

La estrategia que se auspicia, en todo caso, favorece el protagonismo de la CSJN, del Congreso y de la ciudadanía. De la misma manera que no se teme un empleo mal intencionado del control judicial de constitucionalidad, tampoco ha de temerse a los mecanismos de la democracia participativa.

El peligro para la estabilidad de la democracia, cuyo cauce es el sistema jurídico previsto por la Constitución federal, consiste, precisamente, en desplazar

los conflictos generando falsas expectativas de solución, manipulando a la opinión pública⁽³⁹⁾.

Contrariamente a lo que puede suponerse, la propuesta normativa que se defiende tiene como horizonte de proyección enriquecer el debate. Desatado el conflicto por la inconstitucionalidad de un proceso de reforma, su solución se atribuye al Poder Judicial. Luego, en caso de verificarse en la jurisdicción constitucional el vicio alegado, se proyecta la responsabilidad hacia la instancia del Congreso y, finalmente, al electorado. La propuesta no comporta una dictadura de la mayoría; en el fondo, no hace más que aumentar, decisivamente, las formas y los contenidos de argumentación en el ámbito de una democracia constitucional.

La última de las objeciones merece ser soslayada. En efecto, un escrutinio riguroso del artículo 40 constitucional deja al descubierto que las “materias prohibidas” en el artículo 39 (reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y material penal) no lo están, expresamente, respecto de la consulta popular. El artículo 40 constitucional guarda silencio sobre el punto. No se aprecia prohibición constitucional⁽⁴⁰⁾. Pese a la ausencia de una definición constitucional prohibitiva, el Congreso federal al reglamentar el artículo 40 constitucional —ley 25.432— sustrajo de las materias que pueden ser objeto de consulta popular vinculante a la reforma constitucional.

En rigor de verdad, la existencia de la ley 25.432 no constituye ningún problema. Si una reforma constitucional en el futuro decidiese adoptar el mecanismo de consulta popular vinculante para el tratamiento de la invalidez de una enmienda, por aplicación simple de la regla de supremacía constitucional —cfr. art. 31 de la Constitución federal—, es decir primacía de la fuente de mayor jerarquía, quedaría automáticamente derogada la prohibición que existe hoy sobre la cuestión.

§5. LETRAS FINALES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es un tribunal que ejerce funciones políticas. Su competencia más relevante es mantener la primacía de la Constitución federal (cfr. arg. arts. 1º, 28, 29, 31, 33, 75, inciso 22º y 116 CN⁽⁴¹⁾). Debe

(39) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Funciones del poder judicial en las democracias contemporáneas”, *op. cit.*, p. 152.

(40) BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, nueva edición 1999-2001, Ediar, p. 609.

(41) El texto de las reglas citadas puede leerse en :www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf

preservar que la Constitución federal siga siendo, en forma inalterable, la Ley Mayor del sistema jurídico.

La CSJN tiene una responsabilidad mancomunada con el resto de los poderes del Estado en la garantía de la Constitución federal como contrato político y social. Tarea básica del Más Alto Tribunal de Justicia es defender el ámbito de los derechos fundamentales y convertirse en guardián celoso y cauteloso de la regla que fija la distinción de poderes del Estado.

Se vislumbra en la reforma constitucional un proceso en el que se debe producir una reflexión y deliberación colectiva. Se presupone que dicho proceso es instado por un programa de política constitucional, propuesta que se intenta sea apoyada, finalmente, por la mayoría de los ciudadanos y luego elaborada por sus representantes. Vale la pena preguntarse, una vez más, si ha de ser razonable que la reforma constitucional —que es el resultado, insisto, de un proceso de deliberación colectiva, en cual, además, existe votación ciudadana—, eventualmente, en caso de estar viciada alguna de sus etapas, sea anulada, eliminada de la escena jurídica, exclusivamente por los Jueces de la Corte Suprema, que no son nombrados directamente por los ciudadanos ni tampoco pueden ser removidos directamente por ellos.

¿Y de qué modo empalma esta interpretación con las ideas aquí defendidas? ¿Qué se quiere evitar? Sin dudas: la competencia de las competencias, entendida ésta cómo una atribución dispuesta por la Constitución en términos tan laxos, que permitan que sea un solo órgano, la CSJN, el que determine el alcance de la misma. Además, si solamente la Corte Suprema fuese el único órgano encargado de velar por la constitucionalidad de una reforma, se asistiría a la paradoja indeseada, que la Corte sería más Suprema que Corte. Inexplicable!

Quizá palabras de Abraham Lincoln expresen cabalmente la ideación.: “...Al mismo tiempo, los ciudadanos imparciales deben admitir que si las políticas del gobierno sobre cuestiones vitales, que afectan al pueblo entero, fueran fijadas irrevocablemente por decisiones de la Suprema Corte... el pueblo habrá cesado de ser su propio gobernante, remitiendo sus poderes a ese tribunal eminente”⁽⁴²⁾.

La inconstitucionalidad del proceso de reforma es el conflicto de más envergadura que puede dispararse en un sistema jurídico: la búsqueda de su solución debe contener la fuente de legitimación más alta, más indiscutible. Anida en la propuesta de control del proceso de reforma que se defiende el afán de lograr un

(42) V. LINCOLN, Abraham: “*First Inaugural Address*”, Washington D.C., March 4, 1861. El texto completo puede consultarse en: Abraham Lincoln on line. *Writings & Speeches*. <http://showcase.netins.net/web/creative/lincoln/speeches/1inaug.htm>

consenso comunitario, total y concluyente, sobre una decisión de política constitucional de la más alta trascendencia.

El juicio de constitucionalidad sobre una reforma debe atravesar una situación muy particular en cualquiera de sus etapas. Lógicamente, ha de ser más complejo si el cambio formalizado ya se hubiese concretado. Para su tratamiento, se predispone la más amplia intervención de órganos y sujetos. Y, paralelamente, la más amplia legitimación.

Primero interviene la CSJN.

Luego, el Congreso federal.

Por último, la ciudadanía dispone de la facultad para purgar (o no) por completo, los vicios formales del acto cuestionado. Una suerte de retorno a la democracia directa⁽⁴³⁾, débilmente, por supuesto.

Recurrir a la consulta popular vinculante, movimiento final del proceso de control de la reforma, no debe ser apreciado, en modo alguno, como una situación de desconfianza hacia la Corte o el Congreso. Es un llamado al pueblo a participar sobre una cuestión constitucional básica.

La Constitución federal no es un ejemplo de sabiduría. Tiene errores e imperfecciones porque es fruto del obrar humano. Ergo, también existen expectativas que la reforma constitucional pueda ser portadora de vicios. La actuación de los poderes del Estado merece acatamiento, no veneración. Por eso, no debe resultar asombroso que para contrarrestar los efectos nocivos de una reforma, generando la necesidad de controlarla efectivamente, la consulta popular apunte a que, efectivamente, el pueblo, en todo momento, sea dueño de cambiar su Constitución y sus leyes⁽⁴⁴⁾.

(43) SAGÜÉS, Néstor P.: “La legitimación del referéndum constitucional”, *La Ley*, t. 1977-D, p. 957.

(44) ROUSSEAU, Jean Jacques: *El contrato social* (1762), *op. cit.*, p. 54.

PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA CONSTITUCIONAL: ENFOQUE TEÓRICO Y CONCRECIÓN PRÁCTICA AL CASO CHILENO

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (*)
(Chile)

SUMARIO: 1. Origen y desarrollo de la concepción del poder constituyente. 2. El concepto de poder constituyente y su caracterización. 3. El poder constituyente derivado, sus límites y el control de constitucionalidad. 3.1. Caracterización del poder constituyente instituido o derivado. 3.2. Los procedimientos de actuación del poder constituyente derivado o de reforma constitucional pueden explicitarse a través de cinco modelos básicos. 4. Los límites a la reforma constitucional y su caracterización. 4.1. Límites explícitos e implícitos. 4.2. Los límites autónomos y heterónomos. 4.3. Límites absolutos y relativos. 4.4. Los límites autónomos expresos. 4.5. Los límites heterónomos al poder constituyente. 5. La reforma constitucional en Chile. 5.1. Los órganos que participan de la potestad constituyente instituida. 5.2. Procedimiento ordinario y extraordinario de reforma. 5.3. La sanción u observaciones del Presidente de la República y la insistencia del Congreso. 5.4. Facultad presidencial para convocar a plebiscito. 5.5. El Tribunal Constitucional realiza la calificación del plebiscito y determina el texto de la reforma constitucional. 6. La Constitución chilena no establece procedimiento para la modificación total o sustitución de la Constitución por otra Carta Fundamental. Bibliografía.

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. nogueira@utalca.cl

1. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CONCEPCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

Inicialmente podría señalarse a Rousseau como padre del concepto de poder constituyente, en base a su teoría de la voluntad general, pero dicha teoría que formula la soberanía popular como inalienable e inenajenable la convierte en una concepción imposible de practicarse, ya que ella sólo fundamenta una democracia directa ejercida solo por el soberano: el pueblo o cuerpo político de la sociedad. Así en la concepción rousseauiana no es posible ni legítimo distinguir entre poder constituyente y poderes constituidos.

La doctrina del poder constituyente es desarrollada por Emmanuel Sieyès a fines del siglo XVIII, en 1789, en su obra “*¿Que es el Estado Llano?*”⁽¹⁾, donde la doctrina del poder constituyente es desarrollada en forma sistemática, como expresión de su teoría de la representación y la soberanía nacional. Sieyès mediante el concepto y la institución del poder constituyente genera un instrumento que permitiera generar una Constitución, generando a partir de ella una vinculación de la autoridad a la Ley Fundamental que emanaba de la nación soberana. Así gobernantes y gobernados quedaban subordinados a la Constitución.

Para Sieyès el poder constituyente es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución, el poder constituyente es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control.

Tal concepción se agrupa en torno a dos ideas fundamentales: a) La existencia de un poder superior, previo a cualquier otro, que determina las normas jurídicas básicas de una sociedad política a través de un acto racional, debatido y sincrónico; y b) la potestad suprema que concreta el poder constituyente proviene del cuerpo político de la sociedad.

Esta concepción tiene como efectos fundamentales la distinción entre poder constituyente y poderes instituidos o constituidos. Así las potestades instituidas por la Constitución política obtienen su validez y legitimidad del poder constituyente que crea la Carta Fundamental y deben actuar dentro del marco jurídico político que fija la Constitución Política, la que determina sus funciones y atribuciones, las que no pueden ser vulneradas por los órganos constituidos. Esta perspectiva fundamenta la supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos o instituidos por la Carta Fundamental.

(1) Sieyès. Emmanuel. *¿Qué es el Estado Llano?* Traducción de *Qu'est ce que le Tiers Etat* (1789). Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1988.

Asimismo, esta concepción sostiene desde el inicio en Sieyés que la limitante que tiene el poder constituyente es el respeto de los derechos individuales, los que se imponen al propio poder constituyente

Puede sostenerse que la doctrina del poder Constituyente es una síntesis de la doctrina roussoniana de la soberanía del pueblo y de la concepción de Montesquieu de la separación de poderes.

Así la Asamblea Constituyente es quién expresa la soberanía nacional y establece la Constitución, ella constituye la representación extraordinaria que posibilita a la Asamblea ejercer un poder tal como le plazca a la Nación dársele, confiando a los representantes extraordinarios los poderes necesarios en tales ocasiones, los cuales puestos en lugar de la nación misma ejercen la potestad de establecer la Constitución, la voluntad común de los representantes extraordinarios vale por la voluntad de la nación misma. Una vez terminada dicha obra el poder constituyente cesa y surgen los poderes constituidos que sustentan su actuación en su previsión constitucional. Surge así la separación nítida entre poder constituyente y poderes constituidos o instituidos por la Constitución y subordinados a la misma.

Sieyés sostendrá que los representantes de la nación en la Asamblea constituyente son libres y pueden realizar todo, pudiendo establecer la Constitución en cuanto poder constituyente, como asimismo pueden ejercer las funciones propias de los poderes constituidos, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo.

La doctrina norteamericana del constitucionalismo en una perspectiva diferente y más pragmática aporta la concepción de la radicación de la soberanía y el poder constituyente en el pueblo, a diferencia de los ingleses que lo radicaban en el Parlamento con facultades omnipotentes. Los inmigrantes al establecer las colonias de Nueva Inglaterra al redactar los convenants, pactos políticos fundantes de la organización política de las colonias en Norteamérica como nuevas sociedades, lo hacían en base a un pacto, en el cual el poder era directamente ejercido por el pueblo.

Mas tarde, cuando las colonias se independizan de Inglaterra, generaron una federación que salvaguardaba las autonomías de sus comunidades, estableciendo limitadamente los poderes del gobierno central como gobierno federal en la Constitución de 1787, salvaguardando el principio que la plenitud de los poderes residía en el pueblo de los estados miembros, los cuales ejercieron su poder constituyente a través de referéndum.

El aporte norteamericano es así la radicación del poder constituyente en el pueblo y la generación de una Constitución escrita expresión de la voluntad soberana del pueblo.

2. EL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE Y SU CARACTERIZACIÓN

El *poder constituyente puede sostenerse que es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez*. Esta potestad es la “suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico”⁽²⁾.

Así el *poder constituyente en cuanto potestad originaria* no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. El poder constituyente sería un poder pre-jurídico y por ello ilimitado⁽³⁾. El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, o de una decisión pacífica del cuerpo político de la sociedad, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental.

El poder constituyente originario permanece siempre como un poder plenamente autónomo y libre para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política, cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico, la única limitación está dada por la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. El poder constituyente originario es la fuente de todo derecho positivo. El poder constituyente será siempre una potestad que opera al margen del Estado aparato, tiene un carácter extra jurídico institucional.

El *poder constituyente es extraordinario* ya que no opera regularmente como una potestad estatal, sino solamente en los momentos en que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser cambiado o sustituido.

El poder constituyente es plenamente autónomo, ya que puede fundar la Constitución en la idea de derecho válida que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad democráticamente expresado. Sieyès afirmaba también en diversos pasajes de su obra, el poder ilimitado y absoluto de la Nación: “Ante todo, una Nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que

(2) Sánchez Viamonte, Carlos. *El poder constituyente*. Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1957, p. 564.

(3) De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 24 y ss.

sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija”. Así el pueblo puede romper el orden constitucional por él mismo establecido, ya que la voluntad nacional no tiene límite alguno. En tal sentido, vale como un principio dogmático lo establecido por la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la cual en su artículo 1º del Título VII señala: “La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”.

El acto de creación de una Constitución es el resultado democrático de la voluntad jurídico-política del cuerpo político de una sociedad, de allí emana su carácter de políticamente superior y de jurídicamente vinculante para las potestades públicas establecidas, la que quedan subordinadas a la fuerza normativa de la Carta Fundamental.

El poder constituyente actúa dentro de un Estado preexistente, al cual solo busca dotar de una organización jurídico-política o modificar esta. El poder constituyente dice relación sólo con la organización del Estado a través de una Constitución escrita, no teniendo relación directa con la creación o división de dicho Estado.

La concepción de Poder Constituyente admite únicamente al pueblo en cuanto cuerpo político de la sociedad como sujeto titular de ella, excluyendo todo intento de atribuir el poder constituyente a determinados individuos, sectores e instituciones, como ha ocurrido por los gobiernos autocráticos emanados de golpes militares en nuestra América latina, quienes se autoatribuyeron el poder constituyente vaciándolo de su contenido esencial e irrenunciable que es ser expresión del cuerpo político de la sociedad expresado en forma democrática. Nunca un poder autocrático podrá legitimarse acudiendo a la noción de poder constituyente, ya que este es expresión solamente del cuerpo político de la sociedad que se manifiesta organizadamente en forma democrática.

El poder constituyente no tiene una fundamentación jurídica, se justifica por sí mismo, su fundamentación es ontológica existencial como explicita De Vega⁽⁴⁾, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo.

Así existe una unidad intrínseca entre poder constituyente y poder popular, entendiendo este último como el poder que emana del cuerpo político de la sociedad, cuerpo político que tiene el derecho básico y esencial de gobernarse a sí mismo y el derecho a la plena autonomía. Como dirá Maritain, “el pueblo está por encima del estado, el pueblo no es para el estado, el estado es para el pueblo”⁽⁵⁾.

(4) De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Ed. Tecnos, Madrid, 1985. p. 29.

(5) Maritain, Jacques. *El hombre y el Estado*. Ed. Encuentro, Madrid, 1983, p. 40.

La expresión Estado es aquí utilizada en su acepción de Estado aparato de gobierno y la expresión pueblo como cuerpo político de la sociedad.

En un sistema constitucional democrático ninguna fracción del pueblo puede arrogarse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, la representación del cuerpo político de la sociedad, ni sustituirlo. El cuerpo político de la sociedad tiene el derecho inalienable a autodeterminarse política y jurídicamente. No hay en puridad voluntad auténtica y legítima del pueblo si no es una expresión organizada y democrática del cuerpo político de la sociedad.

Así, la Constitución deriva de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, compuesta de ciudadanos libres e iguales, dotados del derecho de participar y decidir el ordenamiento jurídico-político en el cual desean vivir. La Constitución no es tal si no se encuentra en armonía con su fundamento democrático y no respeta los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución requiere de la adhesión y acatamiento generalizado de la ciudadanía, tanto a nivel de conciencia generalizada como de conductas concretas de los diversos actores sociales y componentes de la sociedad⁽⁶⁾. El ordenamiento constitucional más que cualquier otro requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad, su validez está estrechamente vinculado a su eficacia y esta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Una Constitución que carece de sustento y adhesión difundida en los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, sólo mientras exista la fuerza que la impone. Los chilenos tenemos la experiencia relativamente reciente de la Constitución original de 1980, la que duró en sus términos el lapso exacto de la junta militar que la generó, ya que en 1989, se le introdujeron 54 reformas constitucionales que posibilitaran el tránsito a la democracia, a las cuales se sumaron un conjunto de otras reformas, que avanzaron hasta la segunda gran reforma de 2005, que eliminó los enclaves autoritarios que quedaban del texto original de 1980.

Una Constitución solo tendrá durabilidad si ella es obra de la participación y adhesión de los diversos sectores que integran la sociedad política y el conjunto de la colectividad la hace suya, ella no permanecerá si es obra sólo de una parte del cuerpo político de la sociedad, solo la adhesión sustantiva del conjunto de la sociedad es garantía de eficacia de las normas constitucionales y de su perdurabilidad, como asimismo otorga a los gobernantes de la autoridad para exigir legítimamente su acatamiento.

(6) Ver Díaz Ricci, Sergio. *Teoría de la reforma constitucional*. Ed. Universidad Autónoma de México, Universidad Complutense y Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 123.

Como señala Stern, “Lo decisivo continúa siendo aclarar la transición del acto político a la norma jurídica. La voluntad, el mandato sólo puede convertirse en derecho, si es seguido, si es reconocido, si es aceptado (“consentido”) como algo que debe tener vigencia. Esta aceptación es algo que tiene que producirse, como ha respondido con razón Heller a C. Schmitt. La Constitución es, pues, lo normado por la voluntad constituyente y lo reconocido como vinculante por los sometidos a la norma”⁽⁷⁾.

A su vez, Heller sostendrá que “la creación de normas por el Estado, como ya lo observó Bülow (...) no crea desde luego un derecho válido, sino solo el plan de un derecho que se desea para el futuro ... Esta oferta que el legislador hace a los destinatarios de la norma sólo produce derecho vigente en la medida que las normas ‘salen del papel para confirmarse en la vida humana como poder’⁽⁸⁾.

Mortati dirá que “el poder constituyente está validamente fundado cuando llegue a colocarse como fuerza ordenada a un fin y a pretender obediencia, y esta sea de hecho prestada en termino medio”⁽⁹⁾.

La función constituyente se concreta en un proceso en que en una primera etapa implica el desarrollo de una iniciativa constituyente que se expresa y que busca ser asumida por fuerzas sociales y políticas. En una segunda etapa los diversos grupos y sus propuestas constituyentes se reúnen en un marco formal institucional en forma representativa y democrática. En una tercera etapa dicho cuerpo colegiado debatirá, negociará y aprobará en una asamblea constituyente un texto que recoja el consenso y acuerdo necesario. En una cuarta etapa dicho texto será objeto de ratificación o rechazo por la ciudadanía del texto elaborado por sus representantes a través de un referéndum democrático.

Expresiones de procesos constituyentes originarios relativamente recientes han sido la Constitución de 1991 de Colombia, la Constitución de 1999 de Venezuela y el proceso constituyente Boliviano y Ecuatoriano en proceso en 2007 como ejemplos sudamericanos de ellos, como antes fueron los casos de la IV República francesa en 1945-1946 y el proceso constituyente de la Constitución española de 1978, para solo señalar dos ejemplos europeos.

(7) Stern, Klaus. *El derecho del Estado de la República Federal Alemana* Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.13.

(8) Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, sexta reimpresión, p. 277.

(9) Mortati, Constantín. “Appunti sul problema della fonte del potere Costituente”, en *Raccolta di scritti*, Vol. I, Ed Dott. A. Giuffrè, Milán, 1972, p. 358.

El poder constituyente originario en cuanto institución de carácter extraordinaria opera en un momento histórico determinado y luego de concretar su obra se extingue, dando paso a la Constitución.

3. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO, SUS LÍMITES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En esta materia debemos partir de la distinción entre constituciones flexibles y constituciones rígidas⁽¹⁰⁾, una constitución rígida es aquella que impide su modificación por el legislador, requiriendo de un procedimiento distinto y más complejo que el procedimiento legislativo. Hoy salvo escasas excepciones dentro de las cuales se cuenta Inglaterra e Israel, la generalidad de las constituciones establece un procedimiento agravado de reforma de la Constitución.

Las constituciones escritas como obras humanas imperfectas y que responden a una realidad histórica y una cultura concreta, deben contener los mecanismos y procedimientos necesarios para procesar los cambios y adecuaciones necesarias de su texto a nuevas realidades y desafíos jurídicos y políticos, como asimismo para ir llenando los vacíos o lagunas que contenga sean estas últimas concientes cuando por razones políticas dejen temas abiertos (lagunas del constituyente) o inconcientes (lagunas de la Constitución).

La reforma constitucional debe operar entre la tensión de la estabilidad constitucional y la necesidad de cambio. El cambio continuo de la Constitución debilita la fuerza normativa de la Carta Fundamental como asimismo el sentimiento constitucional, la lealtad y fidelidad a la Constitución, con la consiguiente deslegitimación del texto constitucional.

La reforma de la Constitución debe utilizarse sólo cuando haya bienes jurídicos consensuados que deben quedar fuera del alcance de la potestad y la función legislativa contingente.

3.1. Caracterización del poder constituyente instituido o derivado

Fuera de los periodos de profundos cambios políticos y sociales o de crisis políticas e institucionales, en que se desarrolla la función constituyente, actúa la Constitución vigente, expresión de la voluntad del cuerpo político de la sociedad, que opera en base a poderes constituidos de acuerdo a las reglas constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el *poder constituyente instituido o poder de*

⁽¹⁰⁾ Bryce. James "Flexible and rigid constitutions", en *Studies in history and jurisprudence*, Volumen I. Ed. Clarendon Press Oxford, 1901. pp. 145 y ss. Traducción al español *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Ed. Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1951.

reforma que posibilita adecuaciones de la Constitución manteniendo la continuidad e identidad de la misma y de sus principios fundamentales, poder de reforma constitucional que se radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular, de referéndum o plebiscito o procedimientos combinados de democracia representativa y democracia directa.

La reforma constitucional dentro del Estado constitucional sólo será legítima cuando sus fines y medios sean democráticos y compatibles con la idea de derecho básica, con el contenido fundamental o la fórmula política contenida en la Carta Fundamental⁽¹¹⁾.

El poder reformador de la Constitución es un poder instituido por la Carta Fundamental, constituye una actividad sometida y reglada por la propia Constitución. La reforma constitucional permite afrontar las cambiantes circunstancias históricas y sociales de los pueblos, posibilitando la adaptación de la Carta Fundamental a los nuevos desafíos y vicisitudes históricas, dentro del marco de la juridicidad y la continuidad e identidad de la Constitución, siendo tributario de las formas, procedimientos y contenidos esenciales o fórmula política constitucional.

El poder constituyente derivado o de reforma constitucional, constituye un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y materiales. Como señala Zagrebelsky el poder de revisión constitucional no es el poder constituyente, sino un poder constituido, aunque se trate “del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual”⁽¹²⁾, el cual como poder constituido tiene límites, salvo que se manifieste como un poder extra y contra ordinem, lo cual es inadmisibles. En tal caso, se convertiría en un poder constituyente originario que debiera recabar su legitimación en la voluntad del cuerpo político de la sociedad.

Zagrebelsky precisará que “el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como

(11) Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*. Ed Reus, Madrid, 1985, pp. 103 y ss. Ver también Canosa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 249 y ss. Jorge Carpizo. *La Constitución mexicana de 1917*, Séptima edición, Ed. UNAM, México, 1979, pp. 131 y ss. Burgoa, Ignacio. *Derecho Constitucional mexicano*, Octava edición, Ed. Porrúa, México, 1991, pp. 383-385.

(12) Zagrebelsky, Gustavo. *Manuale di diritto Costituzionale*. Ed. UTET, Segunda edición, Turín, Italia, 1988. Versión es español, “La Constitución y sus normas”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Ed Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, p. 73.

base de su validez. Quién combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: ‘los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos’⁽¹³⁾.

Cualquiera sea la modalidad a través de la cual opere el poder constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución, este no puede destruir la Carta Fundamental. Ello implica que la Constitución establece límites explícitos o implícitos al poder constituyente derivado.

La operación del poder constituyente derivado o poder de reforma constitucional excluye dos hipótesis posibles de alteración del texto constitucional: el cambio total y el cambio parcial de la Constitución fuera del procedimiento y límites impuestos por la Constitución.

El poder constituyente derivado o instituido sólo puede operar legítimamente dentro del marco definido por la Carta Fundamental con el objeto de realizar modificaciones que no alteren los principios político-jurídicos supremos establecidos por el constituyente. Situamos como principios político-jurídicos supremos el aseguramiento de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, el régimen jurídico político de Estado y gobierno (la república democrática y los principios básicos del Estado de Derecho), todos los cuales constituyen el fundamento básico de la convivencia política. Ello permite mantener la continuidad jurídica del ordenamiento constitucional y no efectuar una ruptura jurídica, lo que implica el ejercicio de un nuevo poder constituyente originario que solo puede legítimamente ejercerse en base a una participación y expresión democrática activa del cuerpo político de la sociedad.

El poder constituyente instituido está así sometido a la Constitución y pueden sus actos ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional encargado de velar por la defensa de la Constitución y la idea de derecho válida contenida en la misma.

El poder constituyente instituido o constituido con potestad para reformar la Carta Fundamental se encuentra subordinado al poder constituyente originario y por encima de los demás poderes estatales instituidos con facultades normativas (gobierno, Congreso, poder judicial), ya que la existencia, funciones y atribuciones de estos últimos pueden ser objeto de revisión constitucional, pero el constituyente instituido debe respetar en tales reformas los límites formales y materiales impuestos por la Carta Fundamental, debe operar dentro de marco de competencias fijado por la Constitución.

(13) Zagrebelsky, Gustavo. “La Constitución y sus normas”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, p. 73.

Así Pedro De Vega señala “un hecho que, como punto de partida, a la hora de fijar la naturaleza del poder de reforma, no admite discusión posible, es que se trata de un poder regulado y ordenado en el texto constitucional. En él basa su competencia”⁽¹⁴⁾. El poder constituyente instituido o poder de reforma constitucional a diferencia del poder constituyente originario nace de la propia Constitución, es un poder jurídicamente normado y reconoce las limitaciones jurídicas que la propia Constitución dispone, aun cuando su producto normativo tiene la misma naturaleza y fuerza normativa de la Constitución. Un poder constituyente instituido limitado tiene como finalidad evitar la alteración sustantiva de la idea de derecho y principios estructurales básicos contenidos en la Constitución, sin intervención directa del cuerpo político de la sociedad, único legitimado para modificar la idea de derecho contenida en la Carta Fundamental.

Como ya sostenía Carl Schmitt la facultad de reformar la Constitución, “atribuida a una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: la facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”⁽¹⁵⁾.

Ello lleva a afirmar que el poder constituyente derivado no puede sustituir al poder constituyente originario, alterando la idea de derecho, la fórmula política o principios supremos establecidos constitucionalmente⁽¹⁶⁾, el poder constituyente derivado sólo puede operar dentro de los principios supremos del orden constitucional o fórmula política establecida por el constituyente originario, sin poder sustituirla o abrogarla⁽¹⁷⁾.

(14) De Vega, Pedro, Ob. Cit., p. 236.

(15) Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1982, p. 119.

(16) Ver sentencia de la Corte Constitucional italiana N° 1146 de 1988, que identifica los límites naturales de la reforma constitucional con los principios supremos del ordenamiento constitucional. En forma similar, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros, la cual reconoce límites materiales expresos y tácitos de la reforma constitucional.

En el mismo sentido Barile. P. “La Revisione della Costituzione”, en VV.AA. *Commentario sistematico alla Costituzione*, diretto da Piero Calamandrei e A. Levi, p. 445.

(17) Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 130. Sánchez Viamonte, Carlos. *El poder constituyente*, Ed. bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1957, p. 576.

La potestad constituyente derivada es una potestad de órganos instituidos por la Constitución y sometidos a ella, como asimismo a los límites jurídicos formales y materiales que ella determina, cuyo cumplimiento puede controlar la jurisdicción constitucional, cuyo principal cometido es la defensa jurídica del orden constitucional.

3.2. Los procedimientos de actuación del poder constituyente derivado o de reforma constitucional pueden explicitarse a través de cinco modelos básicos

- a) *Sistema de decisión parlamentaria única.* En este sistema la reforma se producirá con la única intervención del parlamento (uni o bicameral) que adopta la decisión de la modificación del texto de la Carta Fundamental por una mayoría generalmente calificada de tres quintos o dos tercios de sus miembros en ejercicio. Este modelo tiene como riesgo mayor que el órgano parlamentario no exprese auténticamente la voluntad popular, tergiversando la voluntad del cuerpo político de la sociedad. Ejs: Constitución Chilena de 1980, reformada en 2005, que exige el quórum de tres quintos o dos tercios según las materias (art. 127); Constitución de la República Popular China de 1982 exige quórum de dos tercios de los diputados que integran el Congreso (art. 64); Constitución de Alemania, exige los dos tercios del Bundesrat y del Bundestag. La Constitución de Portugal de 1976, mayoría de dos tercios de los diputados en ejercicio (art. 288.1). En el mismo sentido Constitución de Croacia de 1990, Art. 136-138; Constitución de Turquía de 1961, art. 155; Constitución de España de 1978, reformas parciales no fundamentales, requiere los tres quintos de diputados y senado (art. 167).
- b) *Sistema de doble deliberación parlamentaria.* La reforma o revisión constitucional será adoptada por el parlamento o Congreso nacional, el que debe adoptar la decisión en dos oportunidades sucesivas separadas entre si por un cierto lapso de tiempo. Ambas decisiones pueden ser adoptadas por el mismo parlamento, sin intervención ni mediación del cuerpo político de la sociedad. Ejs: Constitución de Brasil de 1988, en caso de enmiendas (art. 60); Constitución de Costa Rica de 1949, para reforma parcial exige tres lecturas con separación de seis días entre ellas, para determinar si se admite a discusión la proposición, para luego en otra votación decidir la procedencia de la reforma, la que en una nueva votación se puede aprobar el proyecto elaborado, par finalmente, en una cuarta votación aprobar las modificaciones (art.195); Constitución de Italia de 1947, que exige dos deliberaciones sucesivas separadas por un lapso de tres meses (art. 138); Constitución de Ecuador de 1998, art. 282; Constitución de Nicaragua de 1987 (arts. 191, 192 y 194); Constitu-

ción de Venezuela de 1999, en caso de revisión parcial, exige a la Asamblea Nacional una triple discusión del proyecto (art. 344).

- c) *Sistema de deliberación de dos parlamentos sucesivos.* En este caso, se produce como en el modelo anterior dos deliberaciones parlamentarias sucesivas, con la diferencia que en este último modelo, existe la intermediación de la voluntad popular, la que se pronunciará sobre el tema al elegir el nuevo parlamento que decidirá la reforma constitucional. Este nuevo parlamento puede actuar mediante la disolución del primero al adoptar la decisión de reformar la Carta fundamental (Ejs: Bélgica, Brasil, Bolivia, Costa Rica, Dinamarca, El Salvador, Holanda, Honduras, Islandia, Luxemburgo, Nicaragua, Suecia,) o puede ser el parlamento emanado de las elecciones parlamentarias ordinarias cuando el primero hubiere finalizado su periodo constitucional. (Ejs. Casos de Noruega, Finlandia, Grecia, Colombia, Perú).
- d) *Sistema de aprobación parlamentaria y referendo por decisión del cuerpo político de la sociedad.* En este modelo la asamblea parlamentaria adopta la reforma constitucional, la que para que tenga validez debe ser ratificada por el cuerpo político de la sociedad a través de un referéndum democrático. Ejs. Constitución de Francia de 1958, Art. 89; Constitución de Guatemala de 1985, Art. 280; Constitución de Uruguay de 1966, art. 331.D. Constitución de Polonia de 1997, art. 235, Constitución de Japón, Art. 96. Constitución de Venezuela de 1999, art. 344.

En el caso de referéndum se debe garantizar la libertad para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración y que el referéndum se realice asegurando la limpia y transparente expresión del cuerpo político de la sociedad respectiva.

- e) *Sistema de debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una Convención o Asamblea Constituyente.* En este caso, no es el parlamento o Congreso ordinario el que analiza, debate y aprueba la modificación o reforma de la Constitución, sino que ello se concreta a través de una Asamblea o Convención especialmente elegida por el cuerpo político de la sociedad en forma democrática teniendo como única tarea impulsar y aprobar la reforma constitucional, excluyendo al Congreso ordinario de la revisión constitucional. Ejemplos de ello son la Constitución de Uruguay de 1966, que exige luego de acordar el parlamento la reforma, que esta sea analizada por la Convención, para que el texto aprobado por ella, luego sea sometido a referéndum, todo ello de acuerdo con los arts. 290 y 331.C. La Constitución de Paraguay de 1992, prevé la aprobación de la idea de reforma por el parlamento

y su debate y aprobación por Convención Constituyente, sometida a referéndum 180 días después, de acuerdo con arts. 220 y 221. La Constitución Colombiana de 1991 prevé un sistema de reforma limitada de la Constitución por Asamblea Constituyente de acuerdo con el art. 376 de la Constitución.

La elección de la asamblea o convención constituyente debe realizarse previa etapa de campaña informativa de las opciones de los candidatos a la asamblea, elección libre, limpia y transparente de ellos a través de un sistema electoral que garantice la representación proporcional de los diversos sectores de la sociedad. En este sistema existe el riesgo que la asamblea o convención constituyente apruebe un texto distinto al comprometido por los representantes en su elección, producto del intercambio de puntos de vista y negociaciones intra convención, el que puede no corresponder a la voluntad del cuerpo político, por lo que parece conveniente la ratificación del texto por un referéndum democrático como lo prevé la Constitución uruguaya. (art. 331.C) y del Paraguay (art. 220).

4. LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SU CARACTERIZACIÓN

Los límites a la reforma constitucional constituyen impedimentos que se establecen deliberadamente a la revisión de ciertos contenidos asegurados por la Constitución, imposibilitando la reforma o eliminación de dichas instituciones respetando la continuidad constitucional, correspondiendo al órgano de jurisdicción constitucional hacer efectiva la defensa de la Constitución y declarar la invalidez de dicha reforma. En América del Sur en diversos países se ha establecido un control constitucional de las reformas constitucionales expresamente atribuyéndole dicha competencia al órgano encargado de la defensa jurídica de la Constitución, el Tribunal Constitucional⁽¹⁸⁾, en otros casos, las jurisdicciones constitucionales cuyas constituciones no establecen expresamente el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, la han configurado vía interpretativa del control de constitucionalidad de las “leyes”, vocablo que se considera que incluye también las “*leyes de reforma constitucional*”⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Constituciones de Bolivia, art. 120 N°10, en armonía con artículos 116 y 117 de la Ley 1836 de 1998; Colombia, art. 241 N°1; Chile, artículo 93 N° 3.

⁽¹⁹⁾ Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 014-2002-AI/TC; Exp. N°014-2003-AI/TC; especialmente Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros, fundamento 20, que interpreta el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, que establece el control de constitucionalidad de los preceptos legales: “*Tal dispositivo debe ser interpretado correctamente de manera extensiva, a diferencia de lo propuesto negativamente en el fundamento 3, en consecuencia, puede concluirse válidamente que el precitado artículo permite la revisión de una ley de reforma constitucional*”. En otra perspectiva diferente, la Corte Constitucional de Francia, al ser requerida para pronunciarse sobre la reforma constitucional sobre la organización descentralizada de la República, apro-

Los límites a la reforma como mecanismos de defensa del orden constitucional están dirigidos hacia las potestades públicas que pueden con sus actuaciones o su producción normativa vulnerar los contenidos constitucionales⁽²⁰⁾, especialmente a los órganos colegisladores a los cuales se les inviste por la Constitución de potestad para la revisión o reforma de la misma⁽²¹⁾, como asimismo, constituyen un mecanismo de educación y socialización cívica de la ciudadanía, promoviendo la integración, funcionamiento y desarrollo del sistema institucional. Los límites a la revisión de la constitución otorgan una protección especial a la Carta Fundamental, ya que no establecen una inmutabilidad absoluta, sino sólo una reserva de procedimiento, el que dichas cláusulas solo pueden ser alteradas por un nuevo constituyente originario.

4.1. Límites explícitos e implícitos

Estos límites a la potestad reformativa de la Carta Fundamental pueden ser *explícitos o implícitos*.

Los límites explícitos o expresos a la reforma constitucional son aquellos obstáculos que establece el texto constitucional para la eliminación o reforma de determinadas instituciones constitucionales.

Los límites implícitos son aquellos que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la utilización de la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente. Esta doctrina es sostenida por autores diversos entre los cuales se cuentan en España, Pablo Lucas Verdú, Oscar Alzaga, Javier Ruipérez; Requejo Pagés, Pedro de Vega, entre otros; en Italia, Mortati y Barile; en Suiza, Giacometti, Kägi, Nawiasky, Dupráz, para sólo señalar algunos autores.

bada por el Congreso el 17 de marzo de 2003, dictó sentencia del 26 de marzo de 2003, la cual en su considerando o fundamento 2º precisó: Considerando que el artículo 61 de la Constitución otorga al Consejo Constitucional la misión de apreciar la conformidad a la Constitución de las leyes orgánicas y, cuando ellas son llevadas a su conocimiento en las condiciones fijadas por este artículo, también de las leyes ordinarias; que el Consejo Constitucional no tiene ni por el artículo 61 por el 89 ni por ninguna otra disposición de la Constitución el poder de pronunciarse sobre una reforma constitucional”, declarándose incompetente para conocer de dicha materia. La misma perspectiva había asumido el Tribunal Constitucional chileno en 1972, respecto del proyecto de reforma constitucional Hamilton - Fuentealba sobre las tres áreas de la economía.

(20) Otto, Ignacio de. *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 16, 17 25 y ss.

(21) Friedrich, Carl, J. *Gobierno constitucional y democracia*. Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 295.

4.2. Los límites autónomos y heterónomos

A su vez, los límites a la reforma constitucional pueden ser *autónomos* o *heterónomos*.

Los límites autónomos son aquellos que emanan del propio ordenamiento constitucional, generándose así en el propio ordenamiento jurídico.

Los límites heterónomos son aquellos que derivan de un ordenamiento jurídico ajeno al derecho interno, pudiendo provenir del derecho internacional o del derecho supranacional, incidiendo y obligando al derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites.

4.3. Límites absolutos y relativos

También puede clasificarse los límites a la revisión constitucional en *límites absolutos* de reforma de la Constitución que son aquellos que no pueden ser superados por una reforma de la Constitución y *límites relativos* al poder de reforma constitucional, los cuales solo establecen condicionamientos a la reforma de la constitucional⁽²²⁾ las cuales se desvanecen por si mismas⁽²³⁾, como son los procedimientos agravados, los límites temporales (periodo en que el texto no puede ser modificado) o límites circunstanciales (determinadas circunstancias en que no puede modificarse el texto: durante estados de excepción constitucionales o guerra externa) a la reforma, entre otros.

Para algunos autores pueden ser sobrepasadas por el sistema de doble revisión: primero se modifica el procedimiento de reforma, eliminando el límite absoluto, luego se reforma el contenido que antes era irreformable y que ahora puede ser reformado.

Para otros autores la modificación de las normas que establecen la inmodificabilidad de otras normas materiales de la Constitución dejan de ser un acto constitucional para situarse en los límites de una ruptura constitucional. o constituir un fraude a la Constitución. Ninguna fuente puede disponer de su propio régimen jurídico arrogándose un valor que constitucionalmente no tiene.

La discusión en el plano lógico-jurídico conduce a un relativo impasse.

En el ámbito de la discusión de la competencia, unos argumentan que el establecimiento de límites pertenece al poder constituyente originario, por lo que

(22) Gomes Canotilho, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Quinta edición, Ed. Almedina, Coimbra, 2002, p. 1051.

(23) De Vega, Pedro. Ob. Cit., nota 85, p. 245.

el poder de revisión constitucional como poder constituido no puede sustraerse a los vínculos fijados por el poder constituyente originario. Tampoco el poder constituyente derivado podría aumentar sus poderes para hacerlos equivalentes al los del poder constituyente originario. Así los límites de revisión en cuanto limitaciones impuestas por el poder constituyente originario no son disponibles por parte del poder constituyente instituido.

4.4. Los límites autónomos expresos

En el ámbito de la información constitucional comparada pueden establecerse diversos tipos de límites a la reforma constitucional determinados por el texto explícito de las respectivas cartas fundamentales. La existencia de límites expresos implica, como señala Biscaretti di Ruffia, reducir la reforma constitucional sólo a reformas parciales⁽²⁴⁾.

Así en Europa, la Constitución de Alemania establece límites al poder reformador en su artículo 79.3, evitando su reforma total o aniquilamiento por parte de un movimiento revolucionario antidemocrático, lo que no podría concretarlo a través de la continuidad constitucional, sino que sólo en ruptura del orden constitucional y en ejercicio de un nuevo poder constituyente originario que funda una nueva idea de derecho para la convivencia política y jurídica de la sociedad. El Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el artículo 79.3 “impide alterar en su sustancia el orden constitucional, operar por vía legal y formal una reforma profunda a sus disposiciones mas fundamentales y legalizar de cualquier forma un régimen totalitario”⁽²⁵⁾.

Muchas constituciones mantienen como *límite explícito de la reforma constitucional el régimen republicano de gobierno*, entre ellas pueden señalarse las constituciones de Alemania (art. 79,3), de Italia de 1947 (art. 139), de Francia de 1958 (art. 89), de Grecia 1986 (art. 110.1), de Turquía de 1982 (art. 4°), Federación Rusa de 1993 Art. 135.1), de Portugal (art. 288.b), de República Dominicana de 2002 (art. 119), de Puerto Rico de 1952 (art. 7.3), de Honduras (art. 342), de Guatemala de 1985 (art. 281), como asimismo muchas constituciones africanas ex colonias de Francia, como Argelia (art. 195.1), Camerún (art. 37.1), Guinea (art. 50), Madagascar (Art. 66 y 108), de Malí (art. 49 y 73), de Senegal (art. 89.5), de Túnez (art. 60 y 108), entre otras.

(24) Biscaretti di Ruffia, Paolo. “Sui limiti della revisione costituzionale”, en *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, Napoli, 1949, Vol. III, p. 149, citado por Díaz Ricci, Sergio, Op. Cit., p. 584.

(25) Berfge, 15.12 1970, Band 30, p. 24, entre otras.

Respecto de la forma jurídica de Estado Federal como límite a la reforma constitucional se encuentra en la Constitución de Alemania (art. 79.3), de Brasil de 1988 (art. 60.4.I), entre otras.

Límites a la modificación en materia de derechos fundamentales: Alemania (art. 79. 3), Argelia (art. 195.2) Portugal 1976 (art.288.d), Brasil (art.60.4.IV), Ecuador (art. 35 N°3), Somalia (art. 112.3), Puerto Rico (art. VII, sec. 3) Perú (art. 32°), Guatemala (art. 281); Chile (art. 5° inciso 2°).

En la doctrina chilena, Alejandro Silva Bascuñán, en su *Tratado de Derecho Constitucional*, determina:

“Si la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (Art. 5° inc 2°), el Poder constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido completando y adaptando. Esta conclusión evidente tendrá que ser fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma que pugne con los derechos esenciales del hombre”.

“Por otra parte, las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del Poder constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al tribunal constitucional otra pauta a la que habrá de ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que haya surgido la cuestión de constitucionalidad por sentenciar.”⁽²⁶⁾.

La Constitución portuguesa, en su artículo 288, establece 15 límites a la reforma constitucional:

- a) La independencia nacional e la unidad del Estado;
- b) La forma republicana de gobierno;
- c) La separación de las Iglesias del Estado;
- d) Los derechos, libertades e garantías de los ciudadanos;

⁽²⁶⁾ Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 264.

- e) Los derechos de los trabajadores, las comisiones de los trabajadores y las asociaciones sindicales;
- f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción;
- g) La existencia de planos económicos en el ámbito de una economía mixta;
- h) El sufragio universal, directo, secreto e periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del poder local, y sistema de representación proporcional;
- i) El pluralismo de expresión e organización política, incluyendo partidos políticos, y el derecho de oposición democrática;
- j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía;
- l) El control de la a constitucionalidad por acción o por omisión de las normas jurídicas;
- m) La independencia de los tribunales;
- n) La autonomía de las autarquías locales;
- o) La autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira.

La Constitución Suiza de 1999 establece como límite expreso o explícito de la reforma constitucional la vulneración de las reglas imperativas del Derecho Internacional.

4.4.1. Los límites autónomos expesos impuestos por un constituyente derivado o por una reforma constitucional y su modificabilidad

Respecto de las cláusulas de intangibilidad de instituciones determinadas por o cláusulas que determinen la irreversibilidad de derechos fundamentales establecidas por una reforma de la Constitución conforme al procedimiento de reforma regulado por la Carta Fundamental constituye solo una autolimitación del poder, una norma de promesa⁽²⁷⁾ de reforma que podría ser aceptada o no por el constituyente derivado que operara posteriormente, ya que ninguno de ellos tiene una autoridad superior frente al otro, una reforma constitucional anterior no tiene mayor jerarquía que una reforma constitucional posterior⁽²⁸⁾. Sólo existe una ma-

⁽²⁷⁾ Virga, Pietro. *La revisione costituzionale*. Il circolo Giuridico « I. Sampolo». Palermo, 1948. p. 123, citado por Díaz Ricci, Sergio. *Ob. Cit.*, p. 622.

⁽²⁸⁾ Ver Contini, Giuseppe. *La revisione della Costituzione in Italia*, Ed. Giuffrè, Milán, 1971, p. 259.

yor jerarquía del constituyente originario sobre el poder de revisión constitucional. Así la intangibilidad sólo puede ser asegurada respecto de un poder de revisión de la Constitución si ha sido establecida con la autoridad del poder constituyente originario con participación decisiva del cuerpo político de la sociedad expresado en forma democrática.

En esta perspectiva, cabe sostener que sólo el poder constituyente establece la Constitución en sentido material y establece los límites de la reforma constitucional, ya que el primero goza de una prioridad lógica y ontológica⁽²⁹⁾. El poder constituido de revisión constitucional, a diferencia del poder constituyente, no tiene potestad para obligar unilateralmente a un próximo poder de reforma constitucional.

Esta concepción no significa que los principios básicos estructurales de un sistema constitucional instituidos por el poder constituyente no puedan ser objeto de revisión o que solo puede serlo mediante la ruptura violenta del ordenamiento constitucional mediante revolución o golpe de Estado. Nuestra historia reciente latinoamericana ha mostrado como en forma pacífica y ordenada el cuerpo político de la sociedad puede pronunciarse y generar un poder constituyente originario el que debatirá y aprobará una Constitución ratificada por el propio cuerpo político en forma democrática. La Constitución de 1991 en Colombia, la Constitución de 1999 en Venezuela, los procesos constituyentes en marcha en Bolivia y Ecuador son muestras tangibles del paso de un ordenamiento constitucional a otro sin rupturas violentas y con pleno respeto a la expresión del cuerpo político de las respectivas sociedades.

Por otra parte, ello no desconoce la dimensión histórica y cíclica del cambio social, político e institucional y las turbulencias históricas que son imprevisibles⁽³⁰⁾, como tampoco una visión histórica lineal, sólo busca la finalidad de que el cambio institucional se exprese y represente democráticamente, mediante la participación activa y conciente del cuerpo político de la sociedad en forma democrática que constituye la única fuente legítima del poder constituyente.

4.4.2. Los límites autónomos implícitos a la reforma constitucional

Los límites autónomos implícitos son aquellos cuya modificación produce una alteración de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional y del

⁽²⁹⁾ Ver, Mortati, C. *La costituzione in senso materiale*, Milán, 1940. De Otto, Ignacio. *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 34.

⁽³⁰⁾ Rigaux, Marie-Francoise. *La théorie des limites matérielles a l'exercice de la Fonction Constituante*, Maison Ferdinand Larcier S.A., Editeur, Bruxelles, 1985, p. 236. Díaz Ricci, Sergio. *Teoría de la reforma constitucional*, Ob. Cit., p. 615.

régimen político o fórmula política establecido por el constituyente⁽³¹⁾ como son generalmente la autodeterminación del cuerpo político de la sociedad, el desconocimiento o eliminación de la dignidad y de los derechos fundamentales o humanos, la forma de gobierno republicana democrática, la forma jurídica de Estado, la forma de Estado de derecho.

De esta forma, los tribunales constitucionales en su tarea de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no se limitan a garantizar el texto formal de la Constitución, sino también los principios y valores no escritos que se infieren del texto constitucional y de su espíritu⁽³²⁾.

La alteración de estos contenidos estructurales o fundamentales del ordenamiento institucional implica una traición o un fraude a la Constitución, ya que elimina la estructura dogmático constitucional básica de la convivencia institucionalizada, destruyéndose el orden constitucional o sustituyéndolo por otro. Esta perspectiva sólo adquiere legitimidad y juridicidad mediante una decisión conciente y deliberada del poder constituyente que funda una nueva convivencia y un nuevo marco jurídico fundamental de ella, lo que requiere la expresión democrática del cuerpo político de la sociedad en ejercicio de si inalienable e imprescriptible derecho a la autodeterminación y a determinar el régimen político jurídico en el que desea vivir.

Son ejemplos históricos de fraudes a la Constitución la instauración del régimen nazi bajo la Constitución de Weimar, el régimen fascista durante la vigencia del estatuto albertino, el régimen de Vichy durante la vigencia de las leyes constitucionales francesas de 1875.

4.5. Los límites heterónomos al poder constituyente

Louis Favoreu sostenía que ya, a partir de mediados del siglo XX, cada vez más se pueden considerar normas de derecho positivo obtenidas del derecho in-

(31) De Vega, Pedro. Ob. Cit., pp. 238-240. Gomes Canotilho, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constitucao*. Quinta edición. Ed. Almedina, Coimbra, 2002, pp. 1048 y ss. Burdeau, George. *Traité de Science Politique*. Tercera edición Ed. L.G.D.J. Vol IV. p. 232. Balaguer Callejón, F. *Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente*. RDP N° 27-28, Madrid, 1988. Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Segunda edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 108-109.

(32) Brewer-Carías, Allan R. “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Programa Estado de Derecho para América Latina, KAS, Montevideo, 2007, p. 74. Carbonell, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 250.

ternacional y del derecho comunitario y que pueden denominarse normas internacionales o supranacionales supraconstitucionales⁽³³⁾. El derecho internacional puede así imponer límites al poder constituyente⁽³⁴⁾.

El poder constituyente originario solo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente como son por ejemplo las normas de *ius cogens* o las normas de tratados internacionales que han determinado las fronteras del Estado o las del derecho convencional internacional incorporadas validamente al derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión. El poder constituyente originario queda limitado por obra de la integración previa de determinadas normas internacionales. La decisión de un constituyente de aplicabilidad irreversible de sistemas normativos internacionales o supranacionales limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un orden jurídico al que las pretensiones innovadoras de un nuevo constituyente no pueden afectar. La obra de un nuevo poder constituyente originario es, la expresión formalizada de una potestad constituyente limitada.

Los sistemas normativos internacionales incorporados por constituyentes al ordenamiento interno, en razón de su régimen de aplicación limitan incluso a la Constitución misma en su operatividad debido a la prevalencia de tales sistemas⁽³⁵⁾.

En este sentido, puede sostenerse con Requejo Pagés que, “el poder constituyente se diluye históricamente en tantos poderes cuantos en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de constitución no pueden ya desproveer de su condición de aplicables”⁽³⁶⁾.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 se refiere a las colisiones entre tratados y constituciones, en su artículo 27, el cual precisa: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

(33) Favoreu, Louis. “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, en *Pouvoirs* N° 67 Paris, Francia, 1993, p. 74.

(34) Rigaux, M.F. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Ed. Larcier, Bruselas, 1985.

(35) Ver Requejo Pagés, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61 y ss. También. Requejo Pagés, Juan Luis. *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, 1995.

(36) Requejo Pagés, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 57.

A su vez, el artículo 46 dispone:

“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

“Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

Respecto de este artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, deben establecerse tres precisiones: Primero, el artículo 46 se refiere a normas constitucionales anteriores a la conclusión de un tratado internacional, la aprobación de una norma constitucional posterior al tratado no justifica la violación del mismo; Segundo, se refiere a la conclusión de un tratado internacional en violación de las normas referidas a *la competencia para celebrar tratados*, no a cualquier norma constitucional del Estado; Tercero, la violación competencial interna *debe ser de importancia fundamental y manifiesta*, lo que excluye infracciones constitucionales de poca gravedad⁽³⁷⁾.

Además del derecho convencional internacional, tales limitaciones del derecho internacional al poder constituyente pueden provenir del derecho consuetudinario internacional y de los principios imperativos de derecho internacional general o normas de *ius cogens*, explícitamente consagrado en el artículo 53 de la Convención sobre derecho de los Tratados de 1969.

En efecto, el artículo 53 de dicha Convención determina que una norma imperativa de derecho internacional general es aquella *“aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

Hoy se reconoce como punto pacífico que los principios *pacta sunt servanda*, no discriminación, prohibición de la esclavitud, prohibición de genocidio constituyen normas de *ius cogens*, señalándose también que los derechos básicos de la persona humana, también lo son.

(37) Díez-Picazo, Luis María. “Límites internacionales al Poder Constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, año 26, enero/abril 2006, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 14.

El derecho internacional hoy establece limitaciones al poder constituyente en materia de derechos humanos a través del reconocimiento de potestad jurisdiccional vinculante de tribunales internacionales y supranacionales. Dichas limitaciones vienen dadas en forma importante por el derecho convencional internacional, tratándose de obligaciones libre y voluntariamente consentidas por los propios Estados, que ponen límites a su propia potestad estatal. Aquí destacan los pactos internacionales con vocación universal, como las convenciones regionales en materia de derechos humanos, donde destacan la Convención Europea y la Convención Americana, la Corte Penal Internacional, entre otros, cuyas sentencias son vinculantes para los estados, las cuales han logrado uniformar el derecho vigente en el ámbito tanto europeo como latinoamericano, estableciendo un núcleo común de valores y principios indisponibles, posibilitando algún margen de apreciación por las jurisdicciones nacionales, las cuales deben seguir, en todo caso, la jurisprudencia de las Cortes de Derechos Humanos regionales, las que han construido un cuerpo jurisprudencial sólido sobre el alcance y contenido de los derechos determinados en los respectivos Convenios.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27, prohíbe a los Estados partes suspender el ejercicio de los derechos humanos contemplados en la Convención, lo que sólo autoriza en casos de Estados de Excepción, sólo temporalmente durante su vigencia, sin que puedan afectarse los derechos no susceptibles de suspensión expresamente señalados en su párrafo 2º, la que reproducimos:

“2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

Si nos encontramos ante un Estado que se reclama parte del constitucionalismo democrático, su fin último será siempre asegurar, garantizar y promover los derechos humanos o fundamentales de la persona humana, para lo cual el Estado se organiza jurídicamente, no hay Estado constitucional democrático sin aseguramiento y garantía de los derechos humanos. Un Estado que no los asegure y garantice efectivamente constituye un sistema autocrático revestido de formalidades constitucionales, dicho Estado en lenguaje de Loewenstein sólo dispone de una Constitución semántica.

5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE

La Constitución chilena es una Constitución rígida, lo que impide ser modificada por el legislador, requiere para su modificación de un procedimiento distinto y mas complejo que el procedimiento legislativo⁽³⁸⁾.

En el orden constitucional chileno, el capítulo XIV regula el ejercicio de la potestad constituyente instituida o potestad de reformar la Carta Fundamental. Las disposiciones de los artículos 127 a 129 de la Carta Fundamental establecen los órganos titulares del poder constituyente derivado y como éste ejerce su función, como asimismo los procedimientos y formalidades para ello.

5.1. Los órganos que participan de la potestad constituyente instituida

En efecto, el artículo 127 determina las autoridades u órganos instituidos que tienen iniciativa de reforma constitucional, el Presidente de la República a través de un mensaje y los parlamentarios, diputados o senadores por una moción, la que no puede ser firmada por mas de cinco senadores ni mas de diez diputados, conforme lo determina el artículo 65 de la Constitución.

El constituyente no le reconoce iniciativa en esta materia al pueblo, o a otros órganos constitucionales, como se establece en diversos otros ordenamientos constitucionales.

En materia de reforma constitucional, la Cámara de origen puede ser cualquiera de ambas ramas del Congreso Nacional, sin que sean aplicables las normas que afectan a los proyectos de ley y que determinan una Cámara de origen determinada, pudiendo originarse en el Senado un proyecto de reforma constitucional referente a materias tributarias.

Por otra parte, son aplicables al procedimiento de reforma constitucional las normas que rigen el procedimiento de formación de las leyes referentes a la no introducción de indicaciones que no hayan estado contempladas en las ideas matrices del proyecto de reforma constitucional.

La discusión y resolución de la moción o mensaje recaen principalmente en el Presidente de la República, la Cámara de Diputados y el Senado. El cuerpo político de la sociedad puede eventualmente ser convocado a resolver sobre la reforma en las hipótesis de conflicto entre el Presidente de la República y la mayoría parlamentaria, como se establecerá mas adelante.

(38) Ver Bryce. James "Flexible and rigid constitutions", en *Studies in history and jurisprudence*, Volumen I. Ed. Clarendon Press Oxford, 1901, pp. 145 y ss. Traducción al español: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.

El Presidente de la República participa indirectamente en el debate parlamentario de la reforma constitucional, a través de sus Ministros de Estado. Estos pueden asistir a las sesiones de la Cámara de Diputados o del Senado, y tomar parte en sus debates, con preferencia para hacer uso de la palabra, pero sin derecho a voto.

5.2. Procedimiento ordinario y extraordinario de reforma

El inciso 2° del artículo 127 de la Constitución precisa los quórum requeridos para la aprobación parlamentaria de la reforma, de acuerdo a los contenidos constitucionales que deseen modificarse: *“El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio”*. Es lo que se denomina *procedimiento ordinario* de reforma constitucional.

La expresión “voto conforme” supone una expresa y positiva manifestación de voluntad de los parlamentarios de concurrir a la aprobación de la reforma constitucional.

La misma disposición se refiere a lo que se denomina *procedimiento extraordinario* de reforma constitucional, que es aquel referente a los contenidos dispuestos en los capítulos: *I. “Bases de la Institucionalidad”, III. “De los Derechos y Deberes Constitucionales, VIII. “Tribunal Constitucional”, XI. “Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública”, XII. “Consejo de Seguridad Nacional” o XIV. “Reforma de la Constitución”, en cuyo caso se necesita, “en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio”*.

En lo demás aspectos del procedimiento, sistema de urgencias, insistencias, comisión mixta, vetos y plebiscito, rigen las mismas normas que para el procedimiento de reforma ordinario, lo que hace que la diferencia de procedimiento quede radicada solamente en los quórum de aprobación de la reforma en cada Cámara del Congreso Nacional.

La reforma constitucional de 2005, agregó un inciso final al artículo 127 de la Constitución, disponiendo la aplicabilidad de las normas de formación de la ley a los proyectos de reforma constitucional, debiendo en todo caso respetarse siempre los quórum señalados en el artículo 127 inciso 2°, lo que destraba el procedimiento de reforma constitucional haciendo posible aplicar a ella el sistema de comisiones mixtas que posibilitan la búsqueda de acuerdos entre ambas ramas del congreso nacional cuando ellas hayan tenido posiciones encontradas en los dos primeros trámites constitucionales, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Ley Fundamental, como asimismo, el mecanismo de insistencia del Presidente de la República, que posibilita a éste requerir el pronunciamiento de la

Cámara revisora cuando la Cámara de origen haya rechazado la idea de legislar sobre dicha reforma constitucional, a partir del cual se obliga a un segundo pronunciamiento de la Cámara de origen, de acuerdo con la regulación establecida por el artículo 68 de la Carta Fundamental⁽³⁹⁾.

5.3. La sanción u observaciones del Presidente de la República y la insistencia del Congreso

Asimismo, en el proceso de aprobación de la reforma constitucional también participa el Presidente de la República, el cual de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución, puede sancionar o vetar el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, las observaciones o vetos pueden ser vetos parciales (aditivos, sustitutivos y o supresivos), como asimismo puede ser un veto total, oponiéndose en bloque a la aprobación de la reforma constitucional.

El artículo 128 de la Constitución, precisa que *“si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas cámaras y éstas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante un plebiscito”*.

Para los efectos del quórum se entienden por senadores y diputados en ejercicio, aquellos que efectivamente se encuentran desempeñando sus funciones. Se excluyen de la calidad de parlamentarios en ejercicio, los electos que aún no se hayan incorporado a la respectiva Cámara, los que estén ausentes del país con permiso constitucional y los que se encuentran suspendidos de sus funciones.

El quórum de las tres quintas partes se exige la Constitución debe ser obtenido en cada una de las Cámaras, Cámara de Diputados y Senado.

A su vez, el artículo 128 precisa asimismo que *“si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo anterior, y se devolverá al presidente para su promulgación”*.

En la hipótesis de que *“las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos*

⁽³⁹⁾ Ver al respecto, sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 464-01-006 de fecha 31 de enero de 2006.

Ver, asimismo, comentario de dicha sentencia de este autor, en Revista Estudios Constitucionales, año 4 N°1, Ed. Librotecnia. Santiago, 2006, pp. 437 y ss.

en discrepancia, a menos que ambas cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que este consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo”, según determina el Art. 128 en su inciso cuarto..

5.4. Facultad presidencial para convocar a plebiscito

De acuerdo con dicha disposición constitucional sólo en dos situaciones el Presidente de la República podrá convocar a plebiscito: a) Cuando el Jefe de Estado rechace totalmente un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso y éste insista por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio; b) Cuando las Cámaras rechacen todas o algunas de las observaciones del Presidente de la República e insistan por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por ellas.

De esta forma, la Constitución no solo establece con claridad los órganos instituidos que ejercen el poder constituyente derivado, sino que también determina la participación eventual del propio cuerpo político de la sociedad para dirimir los conflictos que se susciten entre el Presidente de la República y la mayoría del Congreso Nacional en el proceso de aprobación de una reforma constitucional, cuando el Presidente estime necesaria o conveniente dicho arbitraje del pueblo.

A su vez, el artículo 129, en su inciso 1º, precisa que *“la convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso”*.

Quién convoca a plebiscito es el Presidente de la República, mediante decreto supremo. Esta facultad debe ejercerla dentro de los 30 días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, éste último deberá promulgar el proyecto que hubiere aprobado el Congreso, pues se entiende que tácitamente le otorga su conformidad.

El decreto supremo por el cual se convoque a la ciudadanía a plebiscito fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que de acuerdo a la Constitución no podrá

tener lugar antes de 30 días ni después de 60, contados desde su publicación, como indica el artículo 129 de la Carta fundamental, en su inciso 1°.

El inciso 2° del artículo 129 determina que el decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, *“el proyecto aprobado por ambas Cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito”*.

5.5. El Tribunal Constitucional realiza la calificación del plebiscito y determina el texto de la reforma constitucional

El Tribunal Calificador de Elecciones es el órgano encargado calificar el plebiscito y determinar su resultado, el que deberá comunicar al presidente de la República, especificando el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación, según determina el artículo 129, inciso 3°.

Una vez que el proyecto de reforma se promulga y desde la *“fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta”*.

La Constitución regula así, el procedimiento que deben seguir los órganos legitimados, que comprende la forma de concreción de la iniciativa de reforma, el procedimiento de debate y aprobación parlamentaria, el quórum requerido en cada caso, distinguiendo el procedimiento ordinario del procedimiento extraordinario de reforma, según sean las materias del texto constitucional que se sometan a reforma, la sanción o las observaciones (vetos) que puede formular el Presidente de la República y su tramitación en el Congreso Nacional, la facultad presidencial de convocar a plebiscito en caso que no estime adecuado promulgar el texto de la reforma insistida por el Congreso Nacional, la forma en que se convoca a plebiscito y el contenido del mismo, el órgano que calificará y determinará el texto de la reforma aprobada en el plebiscito, la promulgación de la reforma constitucional y la fecha en que esta rige.

El texto actual que hemos analizado constituye un procedimiento mucho más simple y expedito que el que contenía el texto original de la Constitución de 1980 que contenía tres procedimientos diversos de reforma constitucional, los cuales fueron simplificados en los dos actualmente existentes en la reforma constitucional de 1989⁽⁴⁰⁾. Como asimismo, la reforma constitucional de 2005 que suprimió

(40) Ley N° 18.825 de reforma constitucional, artículo único N° 49. Diario Oficial del 17 de Agosto de 1989.

(41) Ley N° 20.050, artículo 1° N° 51., publicada en el Diario Oficial del 26 de Agosto de 2005.

la instancia del Congreso Pleno antes prevista como una fase del proceso de aprobación de la reforma constitucional⁽⁴¹⁾.

La Constitución chilena vigente no establece ningún procedimiento para la sustitución de la Constitución por otra ni para abrogar la Carta Fundamental, por lo tanto toda reforma constitucional debe ser intrasistémica.

6. LA CONSTITUCIÓN CHILENA NO ESTABLECE PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN TOTAL O SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR OTRA CARTA FUNDAMENTAL

La sustitución de la Constitución por otra a través de una reforma total, bajo principios jurídicos básicos diferentes, rompiendo el principio de continuidad y estabilidad del orden constitucional, constituye un acto fuera del marco constitucional, siendo por tanto, nulo e ineficaz, como lo determina el artículo 7° inciso 3° de la Constitución.

La *reforma total de la Constitución* no se refiere a un aspecto de carácter cuantitativo, sino de carácter cualitativo, ya que dicha reforma total puede implicar una sola o muy pocas disposiciones constitucionales, en la medida que ellas se refieran a los principios esenciales o supremos del orden constitucional desnaturalizándolo, haciéndole perder su identidad, transformándolo en otro orden constitucional distinto y nuevo, vale decir, dotando al Estado de una nueva identidad jurídica.

Hay estados que positivizan el derecho a la revolución, vale decir, la sustitución de la Constitución o la reforma total de ella estableciendo una diferente, facilitando las vías jurídicas pacíficas destinadas a la sustitución de la Constitución por un nuevo orden constitucional⁽⁴²⁾, facilitando que cada generación pueda revisar el orden constitucional e impedir que la generación actual pueda obligar a las generaciones venideras.

La Constitución solo puede ser *sustituida* por un poder constituyente originario, asimismo, sólo el poder constituyente originario puede sustituir los principios básicos o fórmula política básica de la Carta Fundamental, la que puede concretarse a través de una Asamblea Constituyente mandataria del cuerpo político de la sociedad, a través de la manifestación directa del pueblo a través de un referéndum o plebiscito constitucional o una combinación de ambos mecanismos, lo que implica una ruptura con el orden constitucional vigente, la cual puede

(42) Ver: Requejo Pagés, J.L. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 101 y ss.

ser pacífica y concertada entre los diversos actores políticos y jurídicos o ser el producto de una ruptura institucional producida por un Golpe de Estado o una revolución.

El poder constituyente originario en tales casos constituye un poder que reside en el pueblo, plenamente autónomo, que, en cualquier momento tiene derecho a cambiar la Constitución, no es un poder sometido a limitaciones jurídico-institucionales, no tiene limitaciones formales, es un poder extra-ordinem, el cual se fundamenta en la idea de derecho vigente en la sociedad en ese momento histórico, en su propia potestad, en las restricciones que se autoimponga y en los límites de oportunidad que posibiliten la legitimación de su obra por el cuerpo político de la sociedad.

La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado, a diferencia del poder constituyente instituido. Expresiones de procesos constituyentes originarios han sido la Constitución de 1991 de Colombia, la Constitución de 1999 de Venezuela y el proceso constituyente Boliviano de 2006, para señalar sólo algunos ejemplos sudamericanos de ellos.

En tales casos, el pueblo puede optar entre diversas alternativas, una primera alternativa, es elegir libremente y mandar a una Asamblea Constituyente para que autónomamente apruebe una nueva Constitución, en cuyo caso, no solo ejerce la función sino que también goza de potestad constituyente originaria, teniendo la capacidad de decidir el contenido de la Carta Fundamental y de instaurar un orden constitucional nuevo, como ocurrió con el proceso constituyente que dio lugar a la Segunda República Española en 1931, a la Constitución italiana de 1947, a la Constitución portuguesa de 1976, la Constitución del El Salvador de 1983, la Constitución de Guatemala de 1985, a la Constitución de Brasil de 1988, entre otras; o elegir una Asamblea Constituyente que ejerza la tarea de elaborar un texto Constitucional, pero reteniendo el pueblo la aceptación o rechazo del mismo o de las eventuales alternativas que surjan de dicha Asamblea, a través de su potestad directa de aprobar o rechazar la Constitución a través de un plebiscito o referéndum, como ocurrió con el proceso constituyente de la IV República francesa en 1945-1946, el proceso constituyente de la Constitución española de 1978, el proceso constituyente de la Constitución de Venezuela de 1999, entre otros.

Manteniendo la racionalidad jurídica y los principios del constitucionalismo democrático contemporáneo, consideramos que un poder constituyente originario que opera conforme la idea de derecho vigente en nuestra sociedad, si existiere el convencimiento inequívoco de la necesidad de sustituir el orden constitucional por otro nuevo, debería llevar a la convocación de una Asamblea Constituyente representativa de la pluralidad política de la sociedad chilena, la cual elaboraría un texto constitucional o, eventualmente en algunas materias hipótesis alternati-

vas del mismo, las que deberían ser ratificadas por un referéndum o plebiscito informado, transparente y limpio, en que el pueblo, en quién radica el poder constituyente originario determine la nueva Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer Callejón, F. *Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente*. RDP N° 27-28, Madrid, 1988.
- Barile. P. “La Revisione della Costituzione”, en VV.AA. *Commentario sistematico alla Costituzione* diretto da Piero Calamandrei e A. Levi.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. “Sui limiti della revisione costituzionale”, en *Annali del seminario giuridico dell’Universita di Catania*, Vol III, Napoli, 1949.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Ed. Fondo de Cultura económica, México, 1975
- Bidart Campos, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.
- Böckenforde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- Brewer-Carías, Allan R. “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Programa Estado de Derecho para América Latina, KAS, Montevideo, 2007.
- Bryce. James “Flexible and rigid constitutions”, en *Studies in history and jurisprudence*. Volumen I. Ed Clarendon Press Oxford, 1901. pp. 145 y ss. Traducción al español *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Ed. Instituto de Estudios políticos, Madrid. 1951.
- Burgoa, Ignacio. *Derecho Constitucional mexicano*, Octava edición, Ed. Porrúa, México, 1991.
- Burdeau. Georges. *Traité de Science Politique*. Tercera edición Ed. L.G.D.J. Vol. IV. 1984. Hay traducción española, *Tratado de Ciencia Política*. Ed. UNAM, México, 1985.
- Canossa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.1988.
- Carbonell, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. ED. UNAM, México, 1998, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

- Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. Séptima edición, Ed. UNAM, México, 1979.
- Castro Patiño, Nicolás. *Poder constituyente, constitución y control de constitucionalidad*. Impresora Offset GRABA, Guayaquil, Ecuador, 1997.
- Contini, Giuseppe. *La revisione della Costituzione in Italia*. Ed. Giuffrè, Milán, 1971.
- De Vega García, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- Díaz Ricci, Sergio. *Teoría de la reforma constitucional*. Ed. Universidad Autónoma de México, Universidad Complutense y Ediar, Buenos Aires.
- Díez-Picazo, Luis María. “Límites internacionales al Poder Constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, año 26, enero/abril 2006, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Favoreu, Louis. “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, en *Pouvoirs* N° 67, Paris, Francia, 1993.
- Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Ed. Porrúa, México, 2003.
- Friedrich, Carl J. *Gobierno constitucional y democracia*. Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Gomes Canotilho, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Quinta edición, Ed. Almedina, Coimbra, 2002.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. sexta reimpression, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (trad. de Pedro Cruz Villalón), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Jellinek, George. *Reforma y mutación de la Constitución*. (Traducción de Christian Förster, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Landa, César. “Justicia constitucional y political questions”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N°4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953.
- Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 1985.
- Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*, I y II volumen. Ed. Tecnos, Madrid, 1980-1983.
- Maritain, Jacques. *El hombre y el Estado*, Ed. Encuentro, Madrid, 1983.

- Mortati, Constantino. “Appunti sul problema della fonte del potere Costituente”, en *Raccolta di scritti*, Vol. I, Ed Dott. A. Giuffrè, Milán, 1972.
- Mortati, C. *La costituzione en senso materiale*, Milán, 1940.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación”, en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo I, Edeval, Valparaíso, 1990.
- Otto, Ignacio de. *La defensa de la Constitución y los partidos políticos*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Oyarte Martínez, Rafael. «Limite y limitaciones al poder constituyente», en Revista Chilena de derecho, Número especial, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.
- Requejo Pagés, J.L. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Rigaux, Marie-Francoise. *La théorie des limites matérielles a l'exercice de la Foncion Constituante*, Maison Ferdinand Larcier S.A., Editeur, Bruxelles, 1985.
- Ruipérez Alamillo, Javier. *La 'Constitución Europea' y la teoría del poder constituyente*. ED, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- Sánchez Viamonte, Carlos. *El poder constituyente*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza, Madrid, 1982.
- Sieyès, Emmanuel. *¿Qué es el Estado Llano?* Traducción de *Qu'est ce que le Tiers Etat* (1789). Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1988.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Segunda edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Stern, Klaus. *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Vanossi, Jorge. *Teoría Constitucional*. Segunda edición actualizada (colaboración de Alberto Dalla Via), Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Vergottini, Giuseppe De. *Derecho constitucional comparado*. (trad. de Pablo Lucas Verdú), Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1983.
- Virga, Pietro. *La revisione costituzionale*, Il Circolo Giuridico « I. Sampolo ». Palermo, 1948.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Ed. UTET, Segunda edición, Turín, Italia, 1988. Versión en español, “La Constitución y sus normas”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Ed Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL ELECTORAL
MEXICANA DE 2007 Y LOS MEDIOS
DE COMUNICACIÓN.
EL CONTROL DE UN PODER PRIVADO
DESDE EL PODER PÚBLICO ⁽¹⁾

Para Diego Valadés, con agradecimiento.

PEDRO SALAZAR UGARTE
(México)

I.

En este breve ensayo, en primera instancia, me propongo reconstruir el contexto político en el que tuvo lugar la reforma constitucional en materia electoral mexicana de 2007, haciendo hincapié en uno de los temas que más polémica suscitó: las nuevas reglas para el acceso de los partidos políticos y de los ciudadanos a los medios electrónicos de comunicación (radio y TV). Para ello intentaré ofrecer un marco contextual de la reforma y recuperaré algunas citas emblemáticas de objeciones expuestas por los representantes de los grandes concesionarios de la radio y la televisión durante los días previos a la misma. Y, aunque adelanto que en lo personal celebro el sentido de las modificaciones constitucionales en el tema, evitaré editorializar más allá de lo indispensable ese apartado de mi texto. Ello en aras de la objetividad y debido a que, en la parte final de este trabajo, recuperaré con afanes descriptivos el contenido espe-

⁽¹⁾ Parte modificada de este trabajo será publicado en un ensayo más extenso sobre la reforma electoral mexicana en un libro coordinado por el suscrito y por Lorenzo Córdova y editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicano.

cífico de las modificaciones constitucionales en la materia. De esta forma dejaré a los lectores la posibilidad de valorar y juzgar sin inducciones de mi parte los méritos y deméritos de los cambios constitucionales.

Pero antes de comenzar conviene subrayar la relevancia indiscutible del tema que nos ocupa. En las últimas décadas, en todas las democracias, la relación de la política con los medios de comunicación (o, desde otra perspectiva, la incidencia de los medios en la vida pública) se ha convertido en una cuestión crucial. Una regulación adecuada en esta materia puede ser determinante para la consolidación o el quiebre de un sistema democrático en formación. Pero lograr una reglamentación óptima no es nada fácil. Y no lo es porque son muchas las cuestiones importantes en juego que, para colmo, se encuentran cruzadas por inevitables tensiones: por una parte gravita la libertad de expresión pero, por la otra, está la equidad en la competencia partidista; por un lado tenemos que garantizar el derecho a la información pero, por el otro, necesitamos elevar el nivel del debate político y así sucesivamente. Cada uno de estos dilemas conduce a decisiones polémicas y difíciles porque implicar privilegiar un polo de la ecuación sobre el otro.

De ahí que los diferentes países, atendiendo a su historia y circunstancias, decidan optar por diseños normativos distintos que respondan a sus necesidades concretas y, en potencia, contribuyan a fortalecer sus democracias. Pero, al regular la materia, siempre, de manera inevitable, estará en juego un conflicto de poderes: el estado –el poder público– deberá normar a los medios de comunicación –el poder privado e ideológico– y, en esa medida, controlará el poder de uno de sus principales controladores. La reforma electoral mexicana de 2007 es un excelente botón de muestra de esa paradójica y conflictiva operación. Por ello su reconstrucción en este volumen de homenaje para Diego Valadés –al menos eso espero– puede resultar atractiva para todos los interesados en la difícil relación de la política con el derecho aunque no necesariamente conozcan las particularidades del sistema electoral mexicano.

II.

Los días 12 y 13 de septiembre de 2007 las Cámaras de Senadores y de Diputados del Congreso de la Unión mexicanas dictaminaron la reforma constitucional en materia electoral que sería publicada en el Diario Oficial de la Federación –después de la correspondiente aprobación por las legislaturas estatales en los términos del artículo 135 de la constitución–, el día 13 de ese mismo año. Con esta reforma se modificaron nueve artículos constitucionales: 6º, 41, 99, 108, 116, 122, 134 y, con una adición, 97. Había concluido una operación política y jurídica particularmente delicada en la historia del México democrático.

En efecto, el recorrido político para llegar a esa fecha había sido accidentado, sobresaltado e intenso. La necesidad de una reforma electoral se había detectado desde unos años atrás (al menos, en algunos temas importantes, desde la elección presidencial del año 2000) pero la causa inmediata de esta operación política con forma jurídica, descansaba sobre la conflictiva y contestada elección presidencial del 2006. No me detendré a escudriñar lo que cualquier observador de la vida política mexicana conoce y sobre lo que mucho se ha escrito y se seguirá escribiendo: la campaña electoral de ese año, la jornada electoral del 2 de julio, y la etapa de calificación de la elección, fueron sucesos que, en verdad, sacudieron a las instituciones mexicanas encargadas de organizar y calificar los comicios⁽²⁾. Lo que me interesa rescatar es la advertencia de fondo que todo ello traía consigo: el complejo y celebrado entramado institucional electoral mexicano que había sido producto de negociaciones, pactos y reformas anteriores (sobre todo en el año de 1996) requería, de manera urgente, un ajuste mayor.

Las reglas y autoridades que sortearon con éxito las elecciones de 1997, de 2000 y de 2003 ya no habían sido suficientes para sortear los desafíos que las nuevas prácticas, estrategias y pretensiones de los actores políticos y sociales impusieron tres años después. Por lo mismo, una nueva reforma electoral profunda era un imperativo que no podía posponerse. Sin embargo, en ese contexto político, después de la elección y el prolongado conflicto postelectoral, parecía muy difícil alcanzar un amplio consenso entre las fuerzas políticas. A nivel federal, los nuevos representantes populares y los gobernantes del país debían sus cargos a esa polarizada elección federal, por lo que deambulaban malos presagios para el acuerdo. El eco de las descalificaciones mutuas durante la campaña y del desacuerdo sobre el apretado resultado en la elección presidencial (a penas el 0.57% de los votos de diferencia entre el primer y el segundo lugar) retumbaba con fuerza en todos los recintos, plazas, palacios y asambleas. Por fortuna, contra lo que muchos esperaban, los principales partidos políticos nacionales se sentaron a negociar las nuevas reglas electorales. Y, en un lapso razonable de tiempo, alcanzaron un acuerdo.

De hecho, la iniciativa de reforma constitucional fue presentada el 31 de agosto de 2007 por un grupo de senadores y diputados de los Partidos Revolu-

(2) Cfr. Salazar Ugarte, P., “La elección más larga”, en *Foreign Affairs en español*. Vol. 7, Núm 1, 2007. pp. 108-116; Peschard Mariscal, J., (coord.), *Dos de julio: reflexiones y perspectivas*, FCPyS y SITEA, México, 2007; Tello Díaz, C., *2 de Julio*, Planeta, México, 2006; Crespo, J. A., *2006: Hablan las actas : las debilidades de la autoridad electoral mexicana*, Debate, México, 2006; Autores varios, *Elecciones inéditas 2006. La democracia a prueba*, Norma, México, 2006; Pliego Carrasco, F., *El mito del fraude electoral en México*, Pax México, México, 2007; Lajous, A. *Confrontación de agravios. La Post-elección de 2006*, Océano, México, 2007.

cionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y del Trabajo. Cuatro partidos detrás de una sola iniciativa. Así las cosas, cuando las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Gobernación y la Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía –ambas de la Cámara de Diputados– entraron al estudio y dictamen de la propuesta, en los hechos el acuerdo político ya se había alcanzado. Por lo mismo, el proceso legislativo, en su dinámica parlamentaria, fue terso y productivo. Este dado constituye el principal rasgo positivo de la reforma: la misma es el producto de un ‘compromiso democrático’ al más puro estilo kelseniano⁽³⁾.

Pero el acuerdo político en las cámaras no gozó con el mismo respaldo por parte de la opinión pública. Al menos no con el de una parte significativa de quienes la hacen, la recrean y la moldean. A pesar del *signum prognosticum* de suponía el acuerdo entre las principales fuerzas políticas del país –sobre todo, repito, después de la tensión del año 2006–, importantes personajes del mundo empresarial e intelectual alzaron sus voces en contra de algunos aspectos sustantivos de la propuesta de reforma constitucional. Y el efecto de esta reacción contestataria no dejaría de ser interesante: los titulares de los cargos de poder político que salieron radicalmente enfrentados de la elección se verían obligados a cerrar filas antes los embates de los detentadores del poder económico y de algunos personajes representativos de lo que hoy representa al poder ideológico – los grandes medios de comunicación masiva–, para usar la terminología weberiana.

Paradojas de la vida nacional: los poderes privados, al oponerse a la reforma constitucional electoral, provocaron (al menos durante un tiempo) una fuerte cohesión de la clase política. Dicha cohesión, irónicamente, era una demanda que los primeros habían exigido de forma insistente durante el conflicto postelectoral pero que ahora lamentaban. Lo que sucedió fue que la unión entre los actores políticos ahora se orientaba en contra de las convicciones y/o intereses de algunos actores sociales y económicos relevantes. De ahí que, durante largas semanas, la opinión pública mexicana asistiera a un enfrentamiento inusual y, en cierto sentido, sin precedentes: la tensión dejó de estar entre los partidos políticos y se materializó entre éstos y un grupo de actores privados poderosos.

Tal vez por ello, al consenso que en otro contexto habría sido celebrado como un logro democrático, ahora –no sin simplificaciones y excesos–, desde los medios electrónicos e impresos de comunicación, se descalificó y se le llamó ‘partidocracia’. Un término sumamente impreciso, importado del debate político italiano –principalmente de la década de los ochenta del siglo XX– y que había sido acuñado para un fenómeno político muy distinto al que se vivía en el México

(3) Cfr. Kelsen, H. *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 178 y siguientes.

del 2008. No es este el espacio para abordar a detalle los desvaríos de esta importación conceptual pero me parece oportuno indicar que ese término —que, como ya advertí está infectado por el virus de la imprecisión— sólo tendría algún sentido en un contexto en el que los partidos políticos pactaran, de espaldas a la ciudadanía, las decisiones fundamentales de la política y, dentro de ellas, la decisión —permítaseme la expresión— fundamentalísima: la transmisión del poder político. En México, después de lo que vivimos y padecemos en el 2006 sólo un despistado (o un malintencionado) podría acusar a los partidos políticos de un acuerdo similar. Y no sólo ello: las propuestas de reforma electoral que finalmente fueron aprobadas eran producto de un prolongado debate público en el que también había participado la academia y los expertos en la materia⁽⁴⁾.

De ahí que, desde mi perspectiva, existe una lectura más convencional para explicar el acuerdo político detrás de la reforma de 2006: los partidos políticos nacionales, como venían haciendo desde 1977, renovaron de nueva cuenta su compromiso con la vía institucional para luchar por el poder y lo hicieron a través de una revisión y adecuación de las reglas de la competencia electoral. Por eso me parece que el acuerdo —más allá de los tinos o desatinos de su resultado normativo— merece celebrarse. Después de todo, desde el poder político, fue posible encontrar acuerdos para controlar la competencia para el poder y, como veremos, para acotar el peso del dinero y de los factores reales de poder en las contiendas democráticas.

III.

Los temas que generaron la reacción en contra de la reforma electoral por parte de algunos actores privados fueron, principalmente, los siguientes: a) las

(4) Por ejemplo, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se celebró el Seminario *Constitución, democracia y elecciones. La reforma que viene*, coordinado por Lorenzo Córdova Vianello y el autor de este ensayo del 12 al 16 de febrero de 2007. De los trabajos realizados en ese seminario se editó el libro: Córdova Vianello, L. y P. Salazar Ugarte, *Constitución, democracia y elecciones. La reforma que viene*. IIJ-UNAM, International IDEA. México, 2007. Otras aportaciones de cara a la reforma, pueden consultarse en: Corral Jurado, Javier, “Medios y democracia”, Sección de Opinión de *El Universal*, 13 de febrero de 2007; Torres, Alejandro, “La falta de ética frena la democracia”, *El Universal*, lunes 25 de abril de 2005; Arvizu, Juan, “Expertos ven campañas como carrera de anuncios”, *El Universal*, lunes 13 de febrero de 2006;

Herrera, Jorge, “Urgen a regular compra de ‘spots’ en campañas”, *El Universal*, lunes 23 de octubre de 2006; “Necesaria, una reforma para las elecciones intermedias”, *El Universal*, lunes 23 de octubre de 2006; Raphael, Ricardo, “Entre radicales te veas”, *El Universal*, 8 de diciembre de 2006.

nuevas reglas constitucionales (que analizaremos puntualmente más adelante) para regular el acceso durante las campañas electorales a los medios electrónicos de comunicación (en particular la radio y la televisión); b) la remoción anticipada y escalonada de cinco miembros –consejeros electorales– del Instituto Federal Electoral y de su consejero presidente⁽⁵⁾. Si bien algunos críticos también reclamaron que la reforma no incluyera algunos temas como el reconocimiento constitucional de figuras como las llamadas ‘candidaturas independientes’ o la reelección legislativa, lo cierto es que el corazón de la disputa se centró en el tema del Consejo General del IFE y de la regulación del acceso a los medios (que, conviene advertirlo desde ahora, supondría una afectación económica importante para los concesionarios de los mismos).

Si revisamos las discusiones de aquellos días constataremos un dato previsible: muchos de los impugnadores de la reforma constitucional, en particular las grandes empresas de radio y televisión a través de sus voceros, mezclaban ambos asuntos (la renovación de los consejeros con la regulación de los medios), por lo que no es fácil distinguir las preocupaciones genuinas de las críticas interesadas. También es verdad que otros críticos de la reforma sólo objetaban las propuestas de modificación constitucional en uno de los temas (por ejemplo la sustitución anticipada de los árbitros electorales) pero no en el otro (ya que apoyaban las nuevas normas para regular el papel de los medios en las campañas políticas) o viceversa. Pero lo cierto es que, de cara a la opinión pública, el rechazo a las nuevas reglas constitucionales giraba en torno a estos dos expedientes y, a pesar de ser política y jurídicamente distintos, en la discusión, aparecieron íntimamente imbricados.

En los siguientes párrafos me limitaré a recoger algunas de las posiciones críticas a la reforma sólo en el tema de los medios de comunicación. Para hacerlo centraré mi atención en posicionamientos colectivos (desplegados o manifiestos) y sólo haré referencia a los dichos de un par de persona físicas en virtud de que su postura, en el contexto en el que fue expuesta, resulta emblemática de los tonos y términos en los que tuvo lugar la discusión. Mi objetivo es ofrecer a los lectores un vistazo panorámico –y, en la medida de lo posible, imparcial– de los principales argumentos esgrimidos en contra de la propuesta de reforma constitucional en esta materia que, al final, sería aprobada. Los méritos y deméritos de cada objeción, espero, emergerán por sí solos.

(5) Conviene recordar que, en México, la autoridad electoral federal tiene una enorme relevancia porque ha sido una institución clave en el tránsito del país hacia la democracia. Cfr. Becerra, R., P. Salazar, J. Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2005, 3ª ed.

IV.

Las principales críticas a la regulación en materia de medios de comunicación que implicaba la reforma en materia electoral provinieron de los propios concesionarios de la Radio y la Televisión. Esto es comprensible porque sus intereses económicos serían sensiblemente afectados. No obstante ello, una vez aprobada la reforma, ésta también fue combatida por un grupo de periodistas e intelectuales que incluso promovieron un amparo contra la misma (a pesar de que se trataba de una modificación constitucional). En el fondo, los argumentos esgrimidos eran básicamente los mismos: una presunta violación de la libertad de expresión (reconocida en el artículo 6º constitucional) por prohibir la contratación de espacios en la radio y la televisión para hacer pronunciamientos a favor o en contra de partidos políticos y/o candidatos y en, paralelo, una supuesta violación al derecho de información de los ciudadanos.

La Cámara de la Industria de la Radio y la Televisión (CIRT), fijó su postura a través de un desplegado en el que, básicamente, argumentaba que la reforma era un retroceso porque atentaba contra las libertades mencionadas. Sus posiciones fueron consistentemente críticas a la reforma y, con los días, fueron subiendo de todo. En efecto, en la víspera de la aprobación de la reforma, un renombrado periodista, a nombre de la misma Cámara, remató el rechazo a la reforma con una solicitud poco usual por parte de los concesionarios y sus voceros:

“... exigimos un referendo, una consulta popular, para que los mexicanos se expresen de manera directa y sin participación alguna de la partidocracia. No podemos permitir que la sociedad sea secuestrada por unos dirigentes de partidos políticos”⁽⁶⁾.

Ese referendo nunca tuvo lugar por lo que la reforma tuvo que ser combatida jurídicamente una vez que se aprobó (también, en este caso, intentando la vía del amparo) pero no deja de ser interesante el trasfondo del planteamiento: desde el punto de vista de los medios de comunicación la representación legislativa había sido suplantada por la ‘partidocracia’ por lo que se debía consultar directamente a la sociedad sin importar el procedimiento legislativo establecido por el artículo 135 constitucional⁽⁷⁾. Para ese entonces la tensión entre los legisladores y los gran-

(6) Se trataba de Sergio Sarmiento, comentarista en Televisión Azteca y editorialista del periódico Reforma. La declaración se encuentra recogida en diversos diarios de esa fecha.

(7) El artículo 135 constitucional establece el procedimiento para reformar la constitución mexicana en los siguientes términos: “La presente constitución puede ser adicionada o

des medios de comunicación había alcanzado una intensidad importante y preocupante. La siguiente aseveración de otro periodista, en una reunión pública del 12 de septiembre de 2007 donde un grupo de Senadores de la República recibieron a los representantes de la propia CNIRT para discutir el tema es elocuente:

“Y, ¿saben qué? (...) si tenemos una base democrática los dos, ustedes (los legisladores democráticamente electos) y nosotros (los voceros de los medios), nos regimos del pueblo (sic), pero si hacemos un sondeo hoy, para ver quién está más harto de ustedes o nosotros por parte del pueblo, no tengo la menor duda del resultado”⁽⁸⁾.

Como puede desprenderse de este planteamiento el debate había trascendido el ámbito estrictamente electoral para ubicarse en el terreno fundamental de las fuentes de legitimidad de los diferentes poderes –públicos y privados– en el México del Siglo XXI. Más allá de las confusiones implícitas en los dichos del periodista citado, como su declaración evidencia, la propuesta de reforma motivó una discusión –todavía embrionaria pero indispensable– sobre el papel del Estado y de los poderes democráticamente electos como entidades responsables de velar por el interés público ante las pretensiones legítimamente autointeresadas de los titulares y representantes de los poderes privados. También por ello, aunque el debate de fondo quedó pendiente, la iniciativa de reforma que comentamos merece ser objeto de reflexiones mesuradas en el mediano y largo plazo.

De hecho, aprovechando la perspectiva que nos ofrece la mirada retrospectiva, podemos entender que los legisladores –a pesar de sus diferencias partidarias– cerraran filas ante el embate de los medios de comunicación. Aunque también es cierto que el rechazo a este aspecto de la reforma trascendía a los concesionarios de los medios electrónicos. Con otros tonos pero con similar firmeza, por ejemplo, también mediante un despliegado del mismo día, otra organización de empresarios, el Consejo Coordinador Empresarial –que durante la campaña electoral de 2006 había causado mucha polémica por su irrupción en la contienda mediante algunos *spots* televisivos a favor de un candidato en particular–, se sumó a las voces que criticaban las modificaciones constitucionales. Y, como ya he

reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados. (...)”.

(8) Reproduzco la cita del dicho de Pedro Ferriz de Con, tal como lo hizo Ciro Murayama en la Revista Nexos (“En defensa propia”, 359, noviembre de 2007, p. 4).

adelantado, una vez aprobada la reforma, también un grupo de reconocidos intelectuales intentaron impugnar la reforma ante el Poder Judicial⁹⁾. De ahí que no resulte exagerado describir ese desencuentro como el primer enfrentamiento del siglo XXI entre el poder político y el poder económico e ideológico mexicanos. Un duelo en el que, al menos en el asalto de 2007, resistió y se impuso el estado democrático.

De hecho, el mismo día 12 de septiembre de 2007, a pesar de las críticas, desplegados y descalificaciones, la Cámara de Senadores continuó con el proceso legislativo. La reforma constitucional, entonces, estaba destinada a nacer con la abierta impugnación de una parte importante del empresariado mexicano. Ello, no está demás señalarlo, a pesar de que también se modificaron aspectos del sistema electoral mexicano que eran un viejo reclamo de ese poderoso sector: el régimen de financiamiento de los partidos políticos y la reducción de la duración de las campañas electorales, fundamentalmente. Pero esos temas quedaron opacados por la reforma en materia de medios. Para entender a plenitud las razones del desacuerdo, a continuación, ofrezco al lector una descripción detallada de las nuevas normas constitucionales en la materia.

V.

En el dictamen de la Cámara de Diputados de la Reforma Constitucional puede leerse lo siguiente:

“La (reforma) plantea la conveniencia de reformar nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los siguientes tres ejes: a) Disminuir en forma significativa el gasto de campañas electorales; b) fortalecer las atribuciones y facultades de las autoridades electorales federales; y c) diseñar un nuevo modelo de comunicación entre la sociedad y los partidos”.

Como puede deducirse de esta cita la reforma electoral de 2007 fue muy ambiciosa y, según los propios legisladores, permitió “dar paso a un nuevo modelo electoral” en el país. En este texto centraré mi atención únicamente en el último tema destacado por los legisladores: las reglas por las que se pretendió diseñar un nuevo modelo de comunicación entre la sociedad y los partidos.

⁹⁾ Algunos de estos personajes eran Héctor Aguilar Camín, Federico Reyes Heróles, Fernández Menéndez, Isabel Turrent, Ángeles Mastreta, Leo Auckerman, Luis Rubio, Luis de la Barrera, Sergio Sarmiento y Gerardo Estrada.

Me gusta recordar que, en 1994, cuando tuvo lugar la primera elección presidencial capitaneada por el Instituto Federal Electoral autónomo e integrado por consejeros (en ese entonces llamados “ciudadanos”) independientes a los partidos políticos y al gobierno⁽¹⁰⁾, en México, el gran reto fue llevar las campañas políticas –en plural– a los medios de comunicación electrónicos. La razón era simple: en ese entonces, todavía, la única campaña que tenía una amplia cobertura mediática era la del candidato del Partido Revolucionario Institucional. Dos lustros y medio después, en 2007, el gran desafío para el sistema electoral era el contrario: cómo ‘desmediatizar’ las campañas políticas.

En efecto, gracias al modelo de financiamiento aprobado en 1996, durante las campañas electorales de 1997, 2000, 2003 y 2006, los partidos contaron con ingentes recursos para contratar espacios de tiempo en la radio y la televisión y, campaña tras campaña, invirtieron su dinero en estrategias propagandísticas mediatizadas. Eso tuvo, por lo menos, dos efectos perniciosos: a) una gran cantidad de recursos públicos terminaban trianualmente en las manos de los grandes concesionarios de los medios; b) el nivel del debate y de la discusión política era deplorable. Los propios legisladores, en el dictamen de la Cámara de Diputados que ofreció sustento a la reforma que comentamos, lo reconocieron con las siguientes palabras: es urgente “terminar con el sistema de competencia electoral basado en el poder del dinero y en su utilización para pagar costosas e inútiles – para la democracia– campañas de propaganda fundadas en la ofensa, la diatriba, el ataque al adversario”. Con la reforma constitucional de 2007 se dio un primer paso para corregir el rumbo al aprobarse, básicamente, las siguientes medidas:

- a) En la Base III del artículo 41 constitucional se confirmó lo siguiente: “Los partidos políticos tendrán derecho al uso de manera permanente de los medios de comunicación social”. Solamente que ahora corresponderá al Instituto Federal Electoral ser “autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión destinado a sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos nacionales”.

Con la reforma, se optó por dar un giro de 360° en el modelo de regulación en esta delicada materia. Antes –aunque el Estado aportaba gran parte de los recursos que los partidos gastaban en los medios– eran los propios partidos los que directamente negociaban su acceso a la radio y la televisión. De esta forma las campañas se desplegaban, por decirlo así, en ‘tiempos privados’ vendidos por los concesionarios a los partidos y sus candidatos. Ahora, a

⁽¹⁰⁾ Aunque el Consejo General seguía siendo presidido por el Secretario de Gobernación.

través del Instituto Federal Electoral, el Estado mexicano utilizará una parte de sus propios tiempos para que tengan lugar las campañas. Esto supondrá, entre otras cosas, una considerable reducción en el gasto electoral porque los tiempos estatales en los medios ya existían pero eran desaprovechados. Con esta decisión, además, se amplió la misión institucional de la autoridad electoral: ya no sólo organizará las elecciones sino que será la entidad administradora de los tiempos estatales en la radio y la televisión. Un reto por demás complejo y relevante para el futuro de la democracia mexicana.

- b) Lo anterior se llevará a cabo a partir de un conjunto de reglas que, en su dimensión constitucional, me limito a transcribir sin mayor comentario. Lo único que advierto es la sobrerreglamentación constitucional en la materia ya que muchas de estas reglas deberían, en aras de una adecuada técnica jurídica, encontrarse en la ley secundaria:

“i) A partir del inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral quedarán a disposición del Instituto Federal Electoral cuarenta y ocho minutos diarios, que serán distribuidos en dos y hasta tres minutos por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión, en el horario referido en el inciso d) de este apartado;

ii) Durante sus precampañas, los partidos políticos dispondrán en conjunto de un minuto por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión; el tiempo restante se utilizará conforme a lo que determine la ley;

iii) Durante las campañas electorales deberá destinarse para cubrir el derecho de los partidos políticos al menos el ochenta y cinco por ciento del tiempo total disponible a que se refiere el inciso a) de este apartado;

iv) Las transmisiones en cada estación de radio y canal de televisión se distribuirán dentro del horario de programación comprendido entre las seis y las veinticuatro horas;

v) El tiempo establecido como derecho de los partidos políticos se distribuirá entre los mismos conforme a lo siguiente: el treinta por ciento en forma igualitaria y el setenta por ciento restante de acuerdo a los resultados de la elección para diputados federales inmediata anterior;

vi) A cada partido político nacional sin representación en el Congreso de la Unión se le asignará para radio y televisión solamente la parte correspondiente al porcentaje igualitario establecido en el inciso anterior, y

vii) Con independencia de lo dispuesto en los apartados A y B de esta base y fuera de los periodos de precampañas y campañas electorales federales, al Instituto Federal Electoral le será asignado hasta el doce por ciento del tiempo total de que el Estado disponga en radio y televisión, conforme a las leyes y bajo cualquier modalidad; del total asignado, el Instituto distribuirá entre los partidos políticos nacionales en forma igualitaria un cincuenta por ciento; el tiempo restante lo utilizará para fines propios o de otras autoridades electorales, tanto federales como de las entidades federativas. Cada partido político nacional utilizará el tiempo que por este concepto le corresponda en un programa mensual de cinco minutos y el restante en mensajes con duración de veinte segundos cada uno. En todo caso, las transmisiones a que se refiere este inciso se harán en el horario que determine el Instituto conforme a lo señalado en el inciso d) del presente Apartado. En situaciones especiales el Instituto podrá disponer de los tiempos correspondientes a mensajes partidistas a favor de un partido político, cuando así se justifique.”

- c) Más adelante, para completar el sentido de la reforma, el nuevo artículo 41 constitucional señala lo siguiente: “Los partidos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión”. La restricción es clara en todos sus elementos: vale en todo momento, para los partidos y sus representantes, y en todas las variantes posibles de espacios imaginables en la radio y la T. V. Esta prohibición sería reforzada con prohibiciones y sanciones en la legislación secundaria (COFIPE) dirigidas a los propios partidos y, también, a los concesionarios de los medios⁽¹¹⁾.

No es difícil imaginar que esta es una de las disposiciones constitucionales que, por sus efectos, más irritó a los concesionarios de los medios de comunicación. La transferencia de recursos que, provenientes de las arcas del estado, terminaban en sus manos, con la reforma, se había terminado. Sin embargo, el foco de las críticas y el objeto de sus litigios legales se ubicó en la

(11) Por excepción en este texto dedicado a la reforma constitucional, conviene citar algunas disposiciones de la legislación secundaria. En el COFIPE, en sintonía con la constitución, se estableció que los partidos no pueden “(...) en forma directa o por terceras personas, (contratar) tiempo en cualquier modalidad en radio o televisión (Art. 342, 1, j del COFIPE)”. Y los concesionarios tiene prohibida: “La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los partidos políticos, aspirantes, precandidatos o candidatos a cargos de elección popular (Art. 350, 1, a del COFIPE)”. Cfr. Salazar, P., “La libertad limitada” en Nexos, No. 366, Junio 2008, pp. 8-10.

disposición que se comenta a continuación (y que, al igual que la medida anterior, vale también en los estados y en el Distrito Federal).

- d) Con la experiencia de la elección de 2006 en mente, mediante la reforma, también se elevó la siguiente prohibición —que ya se encontraba en la legislación secundaria⁽¹²⁾— al artículo 41 constitucional: “Ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor ni en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”.

Es claro que la limitación vale para cualquiera —de hecho la constitución también prohíbe la transmisión en territorio mexicano de este tipo de mensajes, cuando se contraten en el extranjero— pero no queda claro: a) si la prohibición vale en todo momento o sólo durante los procesos electorales y; b) si la limitación abarca cualquier tipo de posicionamiento político o solo aquellos que directamente están orientados a incidir en los resultados de las elecciones. Esta *indefinición*, por la importancia que el tema reviste, merece algunas reflexiones en este ensayo. Existen, al menos, dos interpretaciones posibles sobre los alcances de la norma:

Queda claro que, durante las campañas electorales, la prohibición que nos ocupa tiene vigencia plena. Pero puede argumentarse que no vale fuera de esos tiempos electorales. Esta interpretación se refuerza si consideramos que el código electoral —desde antes de la reforma— ya establecía lo siguiente: “Se entiende por propaganda electoral el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que *durante la campaña electoral* producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas. (Art. 228, 3 del COFIPE)”. A la luz de esta definición legal puede concluirse que la limitación que impone la constitución, al usar el término “propaganda”, se refiere a este conjunto de medios y acciones de difusión que se realizan “durante la campaña electoral”. Sostener lo contrario —que la limitación constitucional vale en todo momento y para cualquier posicionamiento político—, supondría aceptar que nuestra constitución impone una limi-

(12) En efecto, durante la elección de 2006 estaba vigente una norma legal en esta materia que tenía una redacción mucho menos clara y categórica —“Es derecho exclusivo de los partidos políticos contratar tiempos en radio y televisión para difundir mensajes orientados a la obtención del voto durante las campañas electorales (...)”- que, como ya recordamos, fue burlada, entre otros, por el Consejo Coordinador Empresarial y que, por lo mismo, ahora fue reemplazada por la disposición constitucional comentada y apuntalada por otras normas en el código electoral.

tación muy gravosa a la libertad de expresión en una materia particularmente delicada como lo es *la política* (entendida en sentido amplio).

Alguno podría objetar que la conclusión anterior es apresurada e imprecisa porque la limitación que impone la constitución no restringe la libertad de expresión sino la posibilidad de ejercerla a través de la radio y la televisión. Suena convincente, pero el problema es que, como lo advierten diversos documentos e instancias internacionales, la frontera entre lo primero y lo segundo no es tan clara. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, subraya la vinculación profunda, casi íntima, que existe entre esta libertad y su ejercicio a través de cualquier medio:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de *difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 reitera la idea y remata, en su párrafo 3, con una disposición contundente:

“3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, *de frecuencias radioeléctricas*, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o *por cualesquiera otros medios* encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

De hecho, en sintonía con estas normas y con otras que nos dicen cuándo y en qué forma es legítimo imponer límites a la libertad de expresión, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en el año 2000, aprobó una *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, de la que conviene rescatar dos párrafos:

“5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida *a través de cualquier medio de comunicación* oral, escrito, artístico, visual o *electrónico*, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, *violan el derecho a la libertad de expresión.* “

“6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones *por cualquier medio y forma (...)*”.

Como puede observarse, a la luz de estas normas internacionales —que, vale la pena advertirlo, no están por encima de la constitución mexicana sino que se encuentran en un grado de jerarquía inmediatamente inferior a la misma pero sí sirven para orientar su interpretación— la lectura de la restricción impuesta por el artículo 41 constitucional que parece compatible con la libertad de expresión es aquella que limita su vigencia al tiempo de las campañas electorales y al ámbito específico de la política electoral y no de la política en general.

No obstante ello existe una segunda interpretación posible. Después del nefasto espectáculo mediático durante la elección del 2006 —en el que las descalificaciones y los insultos entre los candidatos y sus seguidores fueron la constante— y de la abusiva intervención de algunos grupos económicamente poderosos durante la campaña de ese año, el poder reformador de la constitución optó por una decisión que colocó otros bienes fundamentales para la consolidación de nuestra democracia —como la equidad de las diferentes voces para participar en el debate público— por encima de una concepción irrestricta de la libertad de expresión.

De hecho, durante la elección de 2006 estaba vigente una norma legal en esta materia que tenía una redacción mucho menos clara y categórica —“Es derecho exclusivo de los partidos políticos contratar tiempos en radio y televisión para difundir mensajes orientados a la obtención del voto durante las campañas electorales (...)”— que fue burlada, entre otros, por el Consejo Coordinador Empresarial y que, por lo mismo, ahora fue reemplazada por la disposición constitucional que conocemos y apuntalada por otras normas en el código electoral. Desde esta perspectiva cabría interpretar que la nueva restricción es más amplia y ambiciosa: vale en todo momento y para cualquier propaganda política.

Una norma del Código Electoral reformado parece confirmar que, en efecto, los legisladores estaban pensando en una restricción a la contratación de propaganda en todo momento y para cualquier asunto de índole político. Nos dice el nuevo artículo 345 del COFIPE (inciso b, párrafo primero) que es una infracción a la legislación electoral por parte de “los ciudadanos, (...), o en su caso de cualquier persona física o moral”:

“Contratar propaganda en radio y televisión, tanto en territorio nacional como en el extranjero, dirigida a la promoción personal con *fines políticos o electorales*, a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, o a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”.

La distinción que hacen los legisladores entre “fines políticos o electorales” es la que llama mi atención. Si bien se refiere a la propaganda orientada a la promoción personal, la redacción de la norma nos permite interpretar que la prohibición también vale fuera de los tiempos de campaña y no sólo para los asuntos electorales.

Quienes defienden esta interpretación sostienen que, en el contexto mexicano, después del 2006, una restricción de esta naturaleza a la libertad de expresión está justificada porque de ésta depende la viabilidad de la forma de gobierno democrática. Esta tesis se basa en la legítima existencia de límites a la libertad de expresión. Los propios documentos internacionales a los que me he referido aceptan que la libertad de expresión puede limitarse legalmente cuando, entre otras cosas, estén en riesgo los derechos fundamentales, el orden público o las instituciones democráticas. También nuestra constitución, en su artículo 6º, nos dice que la manifestación de las ideas puede ser objeto de inquisición judicial o administrativa cuando se ataque a la moral, los derechos de tercero, cuando se provoque algún delito o se perturbe el orden público. No sólo, en el artículo 41, apartado C, establece que en la propaganda que difundan los partidos deberán “abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas”.

Es decir, la constitución mexicana acepta límites a la libertad de expresión por lo que no sería del todo descabellado sostener que la restricción para contratar propaganda vale en todo momento y para cualquier asunto de naturaleza política.

En lo personal, siguiendo la lógica que ha inspirado a la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en el sentido de que sólo es lícito imponer ciertos límites a libertad de expresión cuando existe un “peligro cierto y actual” (*clear and present danger*) de que ciertas expresiones pongan en riesgo un “interés fundamental” (*compelling interest*) del Estado (por ejemplo, a las instituciones democráticas o a otros derechos fundamentales), me inclino por la primera interpretación.

Pero, como debe ser en una democracia constitucional digna de ese nombre, la última palabra corresponderá a los órganos jurisdiccionales competentes. Sus interpretaciones de esta norma, como el lector puede imaginar, serán de la máxima relevancia para el futuro de la democracia mexicana.

Por lo pronto sabemos que esta fue la disposición que suscitó mayor polémica durante el proceso de aprobación de la reforma y, de hecho, fue la causa primordial de los recursos de amparo que intentaron interponer algunos intelectuales y empresarios en contra de las modificaciones constitucionales.

Seguramente por ello, en sus dictámenes, los Senadores y Diputados, se cuidaron de advertir lo siguiente: "...no se trata, de ninguna manera, de imponer restricciones o limitaciones, a la libertad de expresión. El propósito expreso de esta reforma es impedir que el poder del dinero influya en los procesos electorales a través de la compra de propaganda en radio y televisión"⁽¹³⁾.

- e) En paralelo a las polémicas disposiciones antes analizadas también se modificó el artículo 6º de la constitución mexicana para incorporar en el mismo la siguiente frase cargada de significado y de potenciales implicaciones pero que debe ser complementada por una legislación secundaria hasta ahora inexistente: "...el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley". Sobre este derecho el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

"... (el mismo) tiene un carácter meramente instrumental en cuanto que su finalidad se agota en la rectificación de informaciones publicadas por los medios de comunicación y que aquél que solicita la rectificación considere lesivas de derechos propios. Por su naturaleza y finalidad, el derecho de rectificación, que normalmente sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas), pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde, debe ser regulado y ejercitado en términos que ni frustren su finalidad ni lesionen tampoco el derecho que también la Constitución garantiza a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" (sentencia 35/1983)⁽¹⁴⁾.

- f) Otro cambio significativo desde la perspectiva de los alcances de las competencias (y responsabilidades) del Instituto Federal Electoral reside en que, a partir de 2007, también tendrá a su cargo la administración de los tiempos estatales en radio y televisión en las entidades federativas. Desde esta perspectiva parece atinado sostener que, al menos en este tema, la autoridad electoral administrativa *federal* funge en realidad como una autoridad *nacional*. Las reglas que observará para cumplir con esta encomienda se encuentran en el Apartado B del propio artículo 41, a saber:

"i) Para los casos de los procesos electorales locales con jornadas comiciales coincidentes con la federal, el tiempo asignado en

(13) La cita se encuentra en el dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados encargadas de dictaminar la reforma constitucional.

(14) Cfr. Carbonell, M., voz "Derecho de rectificación" en la voz "Derecho de rectificación", en *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa, UNAM, México, 2005, pp. 667-670.

cada entidad federativa estará comprendido dentro del total disponible conforme a los incisos a), b) y c) del apartado A de esta base;

ii) Para los demás procesos electorales, la asignación se hará en los términos de la ley, conforme a los criterios de esta base constitucional, y

iii) La distribución de los tiempos entre los partidos políticos, incluyendo a los de registro local, se realizará de acuerdo a los criterios señalados en el apartado A de esta base y lo que determine la legislación aplicable.

Cuando a juicio del Instituto Federal Electoral el tiempo total en radio y televisión a que se refieren este apartado y el anterior fuese insuficiente para sus propios fines o los de otras autoridades electorales, determinará lo conducente para cubrir el tiempo faltante, conforme a las facultades que la ley le confiera.”

- g) Otro aspecto polémico de la reforma –y que, sin duda, está destinado a generar debates políticos y jurídicos– fue la decisión de elevar a rango constitucional la siguiente norma (Apartado C del artículo 41): “En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas”.

En la definición de los linderos y alcances de esta delicada disposición, la labor de los jueces electorales y su apertura para abreviar de las experiencias de otros países y del derecho internacional será de la máxima relevancia. En lo personal, aunque la prohibición está dirigida exclusivamente a los partidos políticos, tratándose de una restricción a un derecho fundamental como la libertad de expresión, considero que esta frase (por demás ambigua y equívoca) no debió encontrar cabida en una norma constitucional.

- h) En cambio una limitación que me parece del todo atinada (y que se encuentra en el Apartado C del artículo 41, inmediatamente después de la anterior) es la siguiente:

“Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y estatales, como de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.”

Finalmente la práctica nefasta de los gobernantes en turno, consistente en utilizar la propaganda gubernamental para favorecer a sus partidos y que, durante una década se intentó combatir mediante ‘exhortos’ y ‘llamados’ por parte de la autoridad electoral mexicana, ha quedado prohibida en la constitución. A partir de ahora, el reto para las autoridades reside en combatir los actos ilegales y sancionar las simulaciones.

De hecho, con la finalidad de reforzar estas normas, también se modificó el artículo 134 constitucional para establecer lo siguiente: i) los servidores públicos deben aplicar “con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos”; ii) toda la propaganda gubernamental (o pública en sentido amplio) “deberá tener un carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social (y, en ningún caso) incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público”; iii) las leyes garantizarán el cumplimiento de estas normas, “incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar”.

- i) Sobre el tema de las sanciones, precisamente, versa el último párrafo de la nueva ‘Base’ del artículo 41 constitucional en la que se establece que las infracciones a la misma “serán sancionadas por el Instituto Federal Electoral mediante procedimientos expeditos, que podrán incluir la orden de cancelación inmediata de las transmisiones en radio y televisión, de concesionarios y permisionarios, que resulten violatorias de la ley.”

VI.

Como puede observarse en los párrafos precedentes, la reforma electoral mexicana en materia de medios de comunicación de 2007, es sumamente compleja y ambiciosa. Su construcción política y jurídica fue difícil y la reacción de los medios electrónicos a la misma anuncia resistencias a su implementación. De ahí que el reto para las autoridades electorales mexicanas sea mayúsculo. Las herramientas jurídicas existen, ahora el reto reside en construir la infraestructura técnica para implementar las nuevas disposiciones y, sobre todo, en consolidar y afianzar la *auctoritas* y la *potestas* de los órganos del estado responsables de ponerlas en marcha y, en su caso, de sancionar sin titubeos a los infractores de las mismas. Lo que está en juego no sólo es la viabilidad de las nuevas normas electorales sino la capacidad del Estado mexicano para controlar a los poderes privados en clave democrática.

REFORMA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE
(Costa Rica)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Antecedentes históricos. **III.** El control de constitucionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica. **IV.** La inconstitucionalidad de la Ley 4349 por un vicio de incompetencia. 1. Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado. 2. El Poder Reformador de la Constitución. 3. La distinción entre la reforma general y la reforma parcial de la Constitución. 4. El tratamiento de los límites del Poder Reformador de la Constitución en el Derecho Comparado. **V.** La situación en el ordenamiento costarricense. **VI.** La inconstitucionalidad de la Ley 4349 por el vicio de incompetencia. **VII.** La praxis constitucionalmente latinoamericana en materia de reelección presidencial. **VIII.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Constitucional costarricense mediante voto número 2771-2003 del 3 de abril del 2003 declaró inconstitucional la reforma constitucional del artículo 132 inciso 1) de la Carta Política, aprobada mediante Ley número 4349 de julio de 1969. La reforma constitucional anulada prohibía la reelección presidencial.

En esta acción se discutieron aspectos importantes de teoría constitucional y de las técnicas del control de constitucionalidad, por lo que considero interesante exponer, a grandes rasgos, los problemas planteados y las tesis jurídicas que las sustentaban.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El instituto de la reelección presidencial fue establecido en Costa Rica, por primera vez, en la Constitución del Estado Libre de Costa Rica de 1824. Dicha Constitución autorizaba la reelección del Jefe de Estado—dado que entonces formábamos parte de la República Federal Centroamericana—en forma sucesiva.

La reelección sucesiva fue respetada por las Constituciones de 1844, 1847 y 1848. Sin embargo, en 1859 se prohibió la reelección sucesiva y se estableció un plazo de espera de 4 años entre uno y otro período. Esta última disposición también fue acogida, sucesivamente, por las Constituciones de 1869, 1871 y la efímera de 1917.

En 1949, cuando se dictó la Constitución vigente, se modificó el plazo de espera para extenderlo a 8 años.

En 1953 el entonces Presidente Otilio Ulate Blanco hizo aprobar una ley en la Asamblea Legislativa que autorizó la convocatoria a un plebiscito—instituto no previsto entonces por nuestra Constitución—con el fin de que el electorado se pronunciara acerca de la reforma constitucional en trámite, tendente a que se volviera a la normativa de la Constitución de 1871 en materia de reelección, en el sentido de que se acortara el plazo de espera de 8 a 4 años.

El plebiscito se celebró el 26 de julio de 1953 y el resultado fue ampliamente favorable a la tesis de que se debía rebajar el plazo de espera a 4 años. Sin embargo, la reforma constitucional respectiva fue rechazada por la Asamblea Legislativa por una lujosa mayoría, dado que en ese momento había cambiado la correlación de fuerzas al interno del órgano parlamentario, por lo que había una mayoría contraria al expresidente Ulate Blanco, promotor, como ya sabemos, del plebiscito.

En la campaña electoral de 1966 el resultado final fue sumamente ajustado, al punto que la diferencia final entre el candidato vencedor—el Prof. José Joaquín Trejos—y el perdedor — el Lic Daniel Oduber—fue de escasos 4200 votos. Sin embargo, la mayoría parlamentaria quedó controlada por el partido perdedor de las elecciones presidenciales.

Así las cosas, el Lic. Oduber, quien quería aspirar nuevamente a la presidencia de la República en 1970 y para evitar que el caudillo de su partido y líder indiscutible, don José Figueres, intentare ser Presidente por tercera vez, logró que la fracción parlamentaria del PLN, controlada por él, presentara un proyecto de reforma constitucional tendente a prohibir la reelección presidencial.

Como el PLN no tenía suficientes votos para aprobar la citada reforma constitucional, fue necesario que don Daniel negociara con el partido opositor la aprobación de la citada reforma constitucional. El Presidente Trejos estuvo de acuerdo en apoyarla con la condición de que se introdujera una norma transitoria, me-

diante la cual se autorizara a los que, en ese momento eran expresidentes, para que pudieran ejercer nuevamente el cargo por una sola vez.

De esa forma, aunque la reforma fue aprobada sólo con un voto disidente de los 57 diputados que integraban la Asamblea Legislativa, don Daniel Oduber no pudo impedir que don José Figueres fuera el candidato del PLN y nuevamente Presidente de la República durante el cuatrienio 70-74. Sus aspiraciones presidenciales tuvieron que posponerse hasta el año 1974, elección en la que resultó finalmente victorioso.

En setiembre del 2002, partidarios del Dr. Oscar Arias Sánchez, Premio Nóbel de la Paz, plantearon dos acciones de inconstitucionalidad contra la Ley 4349 que en julio de 1969 reformó el artículo 132 inciso 1) de la Constitución costarricense para prohibir la reelección presidencial, las cuales fueron acumuladas y se resolvieron en la precitada sentencia del 3 de abril del 2003.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA

El artículo 73 inciso ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece la competencia de la Sala Constitucional para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que se planteen contra las leyes de reforma constitucional por vicios estrictamente procedimentales.

Es decir, en nuestro ordenamiento procesal constitucional se prohíbe el control de constitucionalidad sobre las leyes de reforma constitucional por violaciones materiales, dado que al tener todas las disposiciones constitucionales el mismo rango normativo, lógicamente no pueden entrar en conflictos de validez sino únicamente de vigencia.

En consecuencia, la competencia de la Sala Constitucional, respecto de las leyes de reforma constitucional, está circunscrita a determinar si durante su tramitación se produjeron vicios procedimentales sustanciales. En caso afirmativo puede declarar la nulidad de la respectiva reforma y restituir el texto vigente antes de la reforma declarada inconstitucional.

Por tanto, al ser declarada inconstitucional la Ley 4349, la Sala Constitucional puso en vigencia el texto anterior, el cual permitía la reelección presidencial con un plazo de espera de ocho años.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 4349 POR UN VICIO DE INCOMPETENCIA

La segunda acción de inconstitucionalidad se planteó con base en que la Ley 4349 fue aprobada por un órgano incompetente, pues esa reforma sólo podía rea-

lizarla una Asamblea Constituyente por medio del procedimiento de reforma general que consagra el numeral 196 de la Constitución.

Este argumento se fundamentó en la aplicación de algunos conceptos de la teoría constitucional que pasamos a reseñar a continuación.

1. Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado

El Poder Constituyente originario o fundacional aparece cuando surge un Estado a la vida jurídica, o bien cuando se rompe el orden constitucional por un hecho ilegítimo respecto del ordenamiento jurídico vigente. Verbigracia, un golpe de Estado, una revolución, etc.

En tales hipótesis, al no existir ningún ordenamiento vigente, surge el Poder Constituyente fundacional u originario. Su ejercicio pasa a manos del gobierno de facto que detenta el poder en esos momentos y posteriormente a la Convención o Asamblea Constituyente que se elija para redactar y aprobar el nuevo texto constitucional.

Esta modalidad del Poder Constituyente es ilimitada, autónoma e incondicional, pues se caracteriza por su libertad total. En suma: su ejercicio es jurídicamente ilimitado. Como decía el abate Siéyes, el Poder Constituyente lo puede todo.

Cuando el Poder Constituyente originario se juridifica y se somete a límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en Poder Constituyente derivado.

Debemos recordar que el Estado constitucional moderno es un Estado de Derecho, lo que implica la juridificación de la democracia constitucional y, por consiguiente, la necesidad de concebir jurídicamente a la propia soberanía.

De esa forma el pueblo, que es el único soberano, se autolimita por medio de la Constitución. Sin embargo, como dice un jurista español “la única autolimitación del Poder Constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter soberano es la autolimitación procedimental y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, la Constitución, o dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino” (Aragón).

En consecuencia, el Poder Constituyente derivado se ejerce por medio de una Convención o Asamblea Constituyente para introducirle reformas generales a la Carta Política, por lo que tiene su origen directo e inmediato en la voluntad popular.

De lo anterior deriva que el Poder Constituyente derivado es limitado en principio, en todo lo relativo a su estructura (órgano titular para ejercerlo); procedimiento para su integración (elección de miembros de la respectiva Convención o Asamblea) y funcionamiento (reglas procedimentales que debe aplicar durante su actuación).

Sin embargo, el órgano encargado de la reforma general de la Constitución no está sujeto a ninguna norma jurídica, expresa o implícita, en cuanto titular del Poder Constituyente derivado, de manera que frente a su ejercicio no es posible, desde el punto de vista jurídico, oponerle cláusulas pétreas implícitas o expresas.

En efecto, sin más restricciones que las procedimentales originales, el Poder Constituyente derivado puede disponer de su propia Constitución, sin sujeción a ningún límite competencial, dado que de esa forma el pueblo, de manera pacífica, o sea jurídicamente, adopta, en cada momento histórico, el orden político, social y económico que más convenga a sus intereses.

2. El Poder Reformador de la Constitución

El poder Reformador de la Constitución, que se ejercita por medio del procedimiento de reforma parcial de la Constitución, es diferente jurídicamente del Poder Constituyente derivado, el cual se articula a través del procedimiento de reforma general.

En efecto, el Poder Reformador de la Constitución presenta las mismas características de los Poderes constituidos, por lo que esa potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo desenvolverse dentro del marco que le fija la propia Constitución.

De lo anterior se concluye que el órgano encargado de reformar parcialmente la Constitución, al igual que cualquier órgano estatal, se encuentra condicionado y limitado por las normas constitucionales y legales que lo consagran y regulan su ejercicio. Es decir, el órgano encargado de la revisión constitucional está subordinado al orden establecido en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización, funcionamiento y ejercicio competencial.

El fundamento doctrinario para su limitación es su condición de órgano constituido, puesto que el Poder Reformador de la Constitución, al encontrar su razón de ser en la propia norma fundamental, lógica y jurídicamente no podría destruir el fundamento de su propia competencia.

El concepto universalmente aceptado de la soberanía popular se opone a que un órgano estatal sea titular de un poder ilimitado, ya que sólo el pueblo es soberano. En otras palabras, el pueblo es la fuente político-jurídica del poder estatal.

Siempre dentro de ese mismo orden de ideas, en el Estado moderno se da la separación, perfectamente natural y jurídica, entre la voluntad del soberano, que es exterior a cualquier organización estática de poder y por su propia naturaleza reacia a someterse a ninguna voluntad que no sea la suya propia, y la competencia del órgano estatal. Dentro de ese orden de ideas, un autor francés ha dicho, con gran precisión, que « los elegidos son los representantes de la Nación soberana, pero, en ningún caso, los representantes soberanos de la Nación (Esmein).

De lo anterior se deduce que el ejercicio del Poder Reformador de la Constitución está sujeto a un límite concreto en cuanto a la materia objeto de la reforma.

Este límite se da por razón de la competencia e impide que la Asamblea Legislativa pueda, por vía de la reforma parcial, introducir cambios radicales en el régimen político, social y económico que garantiza la Constitución, y, con mayor razón, limitar o restringir el régimen jurídico de los derechos fundamentales, lo cual es competencia exclusiva de una Asamblea Constituyente a través del procedimiento de reforma general.

En consecuencia, el órgano legislativo, por medio del procedimiento de las reformas parciales, sólo puede modificar la Carta Política en todos aquellos aspectos que no interfieran con sus principios cardinales, es decir, con las decisiones políticas fundamentales del Constituyente originario o derivado. En otros términos, el Poder Reformador de la Constitución está sujeto a límites competenciales.

Ahora bien, los límites competenciales del Poder Reformador de la Constitución son fundamentalmente tres: el régimen jurídico de los derechos fundamentales, la forma de Estado y la forma de gobierno.

Dentro de tales decisiones políticas fundamentales se encuentra, en primer lugar, el régimen jurídico de los derechos fundamentales, pues la justificación del Estado democrático se encuentra justamente en la necesidad de tutelar y hacer posible que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos en forma libérrima. De ahí que el ejercicio de tales derechos sólo consienta aquellas limitaciones que sean estrictamente necesarias para resguardar el bienestar de la colectividad.

Los principios políticos, económicos y sociales fundamentales y el régimen de los derechos fundamentales aprobados por el Constituyente originario (Asamblea Constituyente) o por el Constituyente derivado (Asamblea Constituyente convocada al efecto para la reforma general de la Constitución), sólo pueden ser reformados por estos mismos órganos, nunca por el Parlamento en el ejercicio de las potestades que le confieren las normas constitucionales que regulan el procedimiento de reformas parciales a la Constitución, por ser el órgano legislativo un Poder constituido sujeto a limitaciones competenciales.

El segundo límite competencial es la forma de Estado. Es decir, mediante una reforma parcial de la Constitución un Estado no puede pasar de unitario a federal o viceversa, pues tal decisión incide sobre los fundamentos políticos de aquél.

De igual manera, por medio del ejercicio del Poder Reformador no se puede modificar la forma de gobierno. Verbigracia, pasar de un régimen presidencialista de gobierno a uno parlamentario, o viceversa.

3. La distinción entre la reforma general y la reforma parcial de la Constitución

Algunos ordenamientos constitucionales, como el español y el costarricense, tienen consagrados procedimientos diversos para la reforma parcial y la general de la Constitución.

En efecto, los artículos 167 y 168 de la Constitución española establecen dicha distinción, en tanto que los numerales 195 y 196, respectivamente, lo hacen en la Carta Política costarricense. Por tanto, es importante establecer las consecuencias jurídicas que derivan de uno y otro procedimiento antes de precisar los límites del Poder Reformador de la Constitución.

La reforma parcial o total de la Constitución Política no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo, no cuantitativo. De modo tal que, si una reforma implica variación de aspectos esenciales de la vida política o socioeconómica de la nación, o restricción de derechos políticos y garantías de tutela de los derechos fundamentales, entre otros, aún cuando lo sea de una sola norma constitucional o de uno de sus incisos, no podría el órgano legislativo, a través del procedimiento de reforma parcial a la Constitución, aprobar la reforma sin violentar al propio texto constitucional.

La distinción entre reforma parcial y general, a pesar de su nombre, no puede ser cuantitativa sino cualitativa, porque de lo contrario, por vía de la primera podría reformarse o irse reformando todas y cada una de las normas constitucionales, inclusive aquellas que definen la fuente del propio Poder Legislativo que las promulga, lo cual sería una *contradictio in absurdum*, porque implicaría la posibilidad de que el órgano legislativo se despojara de su propia competencia constitucional, e incluso alterara la fuente misma del Poder Constituyente, es decir, la titularidad de la soberanía.

Por otra parte, una Constituyente convocada para realizar una reforma general de la Constitución podría acordar no reformar nada y promulgar el mismo texto o uno idéntico del llamado a revisar. La distinción, por tanto, repetimos, no es de cantidad sino de calidad, y puede formularse en términos generales de la siguiente forma:

Sólo pueden adoptarse por la vía de la reforma parcial aquellos cambios constitucionales que no afecten principios o valores fundamentales del ordenamiento, o que, y esto último por exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no disminuyan el régimen jurídico de los derechos y libertades fundamentales reconocidos o implicados en la Constitución.

Se trata, entonces, de proteger la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico, cuya superioridad implica que su modificación sustancial debe ser el producto de un acuerdo que abarque un amplio espectro político, de tal forma que su extensa aceptación haga presumir su durabilidad.

El principio de la rigidez constitucional no tiene otro objeto que procurar que el Estado que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidos no sean fácilmente variados, afin de preservar el sistema político, social y económico adoptado por el pueblo a través de la promulgación de la Constitución Política por medio de una Asamblea Constituyente.

4. El tratamiento de los límites del Poder Reformador de la Constitución en el Derecho Comparado

En el Derecho Comparado existen dos técnicas al efecto: los límites expresos, es decir, los que establece la Constitución y los límites implícitos. La primera técnica es seguida por las Constituciones alemana e italiana, que prohíben que se pueda modificar, por medio de la reforma constitucional, el régimen republicano de gobierno y el régimen de los derechos fundamentales.

La técnica de los límites implícitos, en cambio, es la utilizada en España, donde, al igual que en Costa Rica, existen dos procedimientos de reforma constitucional: la reforma general y la reforma parcial. La primera se ejerce por medio de una Constituyente convocada al efecto y la segunda a través del Parlamento por un procedimiento agravado en relación con el procedimiento legislativo ordinario.

Veamos los aspectos más sobresalientes sobre el tema en las tres citadas legislaciones europeas.

a. La doctrina italiana

El artículo 139 de la Constitución italiana establece expresamente la prohibición de reformar la forma republicana de gobierno. El artículo 2 eleva a la categoría de inviolables los derechos del hombre reconocidos por el ordenamiento italiano.

La doctrina considera unánimemente que los derechos incluidos dentro de la categoría de inviolables del artículo 2 de la Constitución tampoco pueden ser objeto de la revisión constitucional, es decir, no pueden ser derogados ni modificados, salvo para otorgarles más garantías.

Así, por ejemplo, se ha dicho que “el límite de la no revisión opera en relación sólo respecto de aquellos derechos que deben considerarse comprendidos en el texto del artículo 2 de la Constitución, porque si bien es cierto que respecto de ellos el límite en cuestión no está directamente establecido, pero se extiende a ellos en cuanto subsista su pertenencia a aquella categoría: en breve, puede afirmarse implícito en aquella pertenencia” (Pierfrancesco Grossi, “Introduzione ad un studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana”, Padova, 1972, pág. 112).

Asimismo, se ha sostenido que límites también absolutos y expresos, aunque no resultantes de fórmulas análogas a aquella del artículo 139 de la Constitución, se derivan del artículo 2...(Costantino Mortati, “Istituzioni di Diritto Pubblico” Padova, 1972, pág. 404).

También se ha señalado que “no se puede tampoco afirmar que ese sea el único límite explícito (se refiere al del artículo 139 de la Constitución), porque dicho carácter tiene también aquel otro contenido en el artículo 2, en la parte que reconoce los derechos inviolables del hombre” (Vezio Crisafulli, “Appunti di Diritto Costituzionale”, Roma, 1971, pág. 51).

Finalmente, otro gran jurista italiano, ya desaparecido, dijo sobre el particular: “La función de revisión, según la doctrina hoy día prácticamente pacífica, está sujeta a límites. Existen en la Constitución italiana (como en toda Constitución) normas provistas de una especie de superlegalidad constitucional, que no son susceptibles de ser modificadas o abrogadas por la función de revisión constitucional. La demostración de este asunto está indicada en otra parte: me limitaré a recordar que según la mayoría de la doctrina los límites a la función de revisión que explícitamente la Constitución italiana pone están contenidos en los artículos 139 y 2: el primero relativo a la forma republicana, el segundo relativo a la inviolabilidad de los derechos y a la inderogabilidad de los deberes constitucionales” (Paolo Barile, “Le libertà nella Costituzione”, Padova, 1966, págs. 62 y 63).

b. La doctrina alemana

En Alemania es pacíficamente aceptado que el artículo 79.3 de la Constitución de Bonn prohíbe la abolición de los derechos fundamentales por medio de la reforma constitucional.

Dentro de este orden de ideas, uno de las más grandes juristas alemanes de los últimos tiempos, dice al respecto: “El art. 79.3 de la Ley Fundamental veda una abolición de los derechos fundamentales por la vía de la reforma constitucional: son inadmisibles reformas de aquélla que afecten los principios formulados en los arts 1 y 20 GG. Estos principios: la dignidad del hombre (art 1) y los principios democráticos y del Estado de Derecho (art. 20) resultarían afectados por cualquier abolición, porque prácticamente todos los derechos fundamentales

constituyen parte esencial de tales principios, de forma tal que su eliminación suprimiría aquellos mismos principios y el ordenamiento construido sobre los mismos. No se excluye, la reforma del texto de los derechos fundamentales siempre que se **preserve su contenido y eficacia** (Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, págs. 111 y 112).

c. La doctrina española

En España, al igual que en Costa Rica, existen dos procedimientos diversos para reformar la Constitución: en el artículo 167 se autorizan las reformas parciales y en el 168 las reformas generales.

El tema en discusión, en consecuencia, consiste en establecer si la reforma constitucional del artículo 167 está o no sujeta a límites competenciales.

Pedro de Vega, uno de los autores que más ha ahondado en el tema, nos dice que “La consideración, sin embargo, del principio de soberanía popular como el primero y más claro de los límites materiales implícitos a cualquier operación de reforma, no quiere decir que sea el único. Su proclamación indiscutible, y casi obvia, como barrera infranqueable a la actividad de revisión, si tiene algún fundamento, es en la medida que constituye la base más segura para poder deducir el resto de los supuestos y contenidos del ordenamiento que, conforme a las exigencias de la lógica del Estado constitucional, han de concebirse como límites materiales implícitos... De lo que se trata, en definitiva, es de hacer patente la circunstancia de que, la consagración y defensa del principio democrático de soberanía popular, sólo es posible en la medida en que sea acompañada de una consagración y defensa similares de las instituciones y principios liberales, en cuya órbita, únicamente, puede adquirir una efectiva dimensión práctica. De nada serviría considerar como cláusula intangible el artículo 1.2 de nuestra Constitución (la soberanía nacional reside en el pueblo), si luego se admitiera como elementos eliminables por vía de la reforma, de una parte en el plano orgánico, todas las instituciones y procedimientos a través de los cuales se establecen los cauces de participación popular, y por otro lado, en el plano dogmático, las garantías, derechos y libertades que evitan el secuestro, la falsificación y el engaño de la voluntad democrática. Sólo cuando el pueblo tiene institucionalizados procedimientos para expresar su voluntad, y sólo cuando esa voluntad puede manifestarse espontánea y libremente, adquiere la plenitud de su sentido hablar del principio democrático de soberanía popular. Se comprende de este modo el hecho de que, en la mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparezca siempre, junto al indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia a contenidos, tanto orgánico- institucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales), empalmando así, si bien desde una

óptica y unos presupuestos diferentes, con la inicial versión que la burguesía otorgara al concepto político de Constitución” (Pedro de Vega, “La reforma constitucional”, Madrid, 1985, págs. 289 y 290).

Para la doctrina española es claro que existe un límite implícito para modificar o derogar el artículo 10.1 de la Constitución, pues ello afectaría el ámbito de los derechos fundamentales (M. Contreras, “Estudios sobre la Constitución española de 1978”, Zaragoza, 1979, págs. 417 y 419).

En síntesis, el poder de reforma constitucional es jurídicamente limitado. Dichos límites vienen dados por el núcleo sustancial de la Constitución (María Victoria García-Atance García, “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, en Revista Derecho Político de la UNED, Madrid, 1992, pág. 325). Ese núcleo sustancial está constituido por el principio de la soberanía popular, el de la división de poderes y el régimen de los derechos fundamentales.

La doctrina española es unánime en reconocer que los límites implícitos a la reforma parcial de la Constitución son la forma de Estado, la forma de gobierno, el principio de la división de poderes y el régimen de los derechos fundamentales. Según los autores españoles la modificación de cualquiera de esos contenidos implicaría una clara violación del principio de soberanía popular, sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico español.

V. LA SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE

En Costa Rica se llega a las mismas conclusiones que en España, por cuanto de lo contrario no tendría ningún sentido lógico-jurídico la existencia de dos procedimientos diferentes para reformar la Constitución.

Las Asambleas Constituyentes sólo surgen cuando se crea un nuevo Estado o cuando existen cambios de consenso en la sociedad civil subyacente. Por tanto, es necesario concluir que el constituyente originario de 1949 creó dos procedimientos de reforma constitucional diversos con el fin de establecerle límites implícitos al poder de reforma constitucional ejercido por la Asamblea Legislativa conforme al procedimiento del artículo 195 de la Constitución, dado que, por principio, las Asambleas Constituyentes, originarias o derivadas, no están sujetas a ningún límite competencial .

En consecuencia, el órgano legislativo, por medio del procedimiento de las reformas parciales, sólo puede modificar la Carta Política en todos aquellos aspectos que no interfieran con sus principios cardinales, es decir, con las decisiones políticas fundamentales del Constituyente originario o derivado. Dentro de tales decisiones políticas fundamentales se encuentra, en primer lugar, el régimen jurídico de los derechos fundamentales, pues la justificación del Estado democrá-

tico se encuentra justamente en la necesidad de tutelar y hacer posible que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos en forma libérrima. De ahí que el ejercicio de tales derechos sólo consienta aquellas limitaciones que sean estrictamente necesarias para resguardar el bienestar de la colectividad.

Los principios políticos, económicos y sociales fundamentales y el régimen de los derechos fundamentales aprobados por el Constituyente originario (Asamblea Constituyente) o por Constituyente derivado (Asamblea Constituyente convocada para la reforma general de la Constitución), sólo pueden ser reformados por estos mismos órganos, nunca por la Asamblea Legislativa en el ejercicio de las potestades que le confiere el artículo 195 de la Constitución, por ser el órgano legislativo un Poder constituido sujeto a limitaciones competenciales.

Los límites del poder reformador de la Constitución, en nuestro ordenamiento, son la forma de Estado, la forma de gobierno y el régimen de los derechos fundamentales. En otros términos, la Asamblea Legislativa no podría, mediante el procedimiento de reforma parcial, transformarnos en una Monarquía; tampoco podría cambiar la forma de gobierno Presidencialista en Parlamentaria porque ello implicaría una transformación radical del principio de la división de poderes, pero, sobre todo, no podría restringir el régimen de los derechos fundamentales, en virtud de que la Constitución, en un sistema democrático como el costarricense, fue creada para proteger la libertad de los ciudadanos no para mancillarla.

En consecuencia, en Costa Rica el régimen de los derechos fundamentales está fuera de la competencia de reforma parcial de la Constitución que tiene la Asamblea Legislativa en virtud del artículo 195 de la Constitución, salvo dos excepciones: la primera cuando la reforma venga a reforzar dicho régimen, ya sea porque otorga mayores derechos, como ocurrió cuando se rebajó la edad para ser elector de 20 a 18 años, o como cuando se reformó el artículo 46 de la Carta Política para elevar a rango constitucional los derechos de los consumidores, o se le introdujo un nuevo párrafo al artículo 50 constitucional para garantizarle a los ciudadanos el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Otro ejemplo sobre el particular lo constituyó la reforma del artículo 10 de la Constitución para crear la Sala Constitucional, la cual ha venido a garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los habitantes de la República y que se ha convertido, a lo largo de los últimos 14 años, en la principal garantía institucional con que contamos los costarricenses para salvaguardar sus derechos fundamentales.

En todos los casos anteriores se reforzó el régimen de los derechos fundamentales de los costarricenses, por lo que las respectivas reformas parciales de la Constitución fueron válidas.

La segunda excepción se da cuando se reforma el régimen de los derechos fundamentales para armonizar el ejercicio de algunos derechos o bien porque existen potestades del Estado que hacen necesaria la restricción en el ejercicio de un determinado derecho fundamental. Por ejemplo, cuando en 1992 se reformó el artículo 24 constitucional con fin de autorizar las intervenciones telefónicas. Dicha reforma se realizó para armonizar el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad personal que son también de linaje constitucional, además de hacer efectivo el ejercicio de la potestad atribuida al Poder Ejecutivo por el numeral 140 inciso 6) de la Constitución de garantizar el orden, la seguridad y la vida de los habitantes de la República.

En efecto, la autorización de las intervenciones telefónicas se justificó en la necesidad, como indiqué anteriormente, de armonizar el ejercicio de varios derechos fundamentales, así como de garantizar el efectivo ejercicio de la potestad fundamental del Poder Ejecutivo de mantener el orden y la tranquilidad de la Nación y tomar las providencias necesarias para resguardar las libertades públicas.

Conforme al principio hermenéutico en materia de derechos fundamentales, denominado «pro libertatis», aquellos deben interpretarse del modo mas amplio posible, en forma tal que debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite. Además, de acuerdo con el principio «pro homine», el Derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que mas favorezca al ser humano.

En efecto, como ha dicho un jurista alemán «Las libertades fijan limites al Estado; le dicen lo que deben dejar de hacer. Las libertades son ante todo no mandatos de acción, sino barreras a la acción pública». (Kirchhoff). Por ello, en caso de duda, siempre se deberá favorecer la cláusula de la libertad, pues los derechos fundamentales han sido justamente consagrados para proteger la libertad, no para limitarla.

Dentro de este orden de ideas, el voto salvado de los Magistrados Piza y Calzada en la resolución 1084-93 de la Sala Constitucional estableció, con gran lucidez, que «Sólo se pueden adoptar por la vía de la reforma parcial aquellas reformas constitucionales que no afecten principios o valores fundamentales del ordenamiento, o que, y esto último por exigencia del Derecho de los Derechos Humanos, no disminuyan los derechos y libertades fundamentales reconocidos o implicados en la Constitución-derechos y libertades a los que hoy debe atribuirse un valor incluso supraconstitucional, al haber sido asumidos por el Derecho Internacional».

VI. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 4349 POR EL VICIO DE INCOMPETENCIA

La ley número 4349 que en julio de 1969 reformó el artículo 132 inciso 1) de la Constitución para prohibir la reelección presidencial, eliminó contenidos esenciales de los derechos a elegir y ser electo, que nos garantizan a todos los ciudadanos costarricenses el artículo 90 de la Constitución y el numeral 23 del Pacto de San José. En efecto, dicha ley vino a reducirnos a los electores el universo de las personas por las que podemos votar para ocupar el cargo de Presidente de la República, así como también le cercenó el derecho, para siempre, a los expresidentes de ser nuevamente elegidos a la primera Magistratura de la Nación.

Esa reforma no se hizo, como la del artículo 24 constitucional precitado, con el fin de armonizar el ejercicio de varios derechos constitucionales ni de tutelar potestades fundamentales del Estado, sino por razones de conveniencia política.

Por consiguiente, la Ley 4349 del 11 de julio de 1969, que eliminó la reelección presidencial mediante la reforma constitucional del artículo 132 inciso 1) de la Carta Política, incurrió en un vicio de inconstitucionalidad en su iter de aprobación.

En efecto, el procedimiento de reforma parcial previsto en el numeral 195 de la Constitución no era el jurídicamente idóneo para aprobar tal reforma, por cuanto cualquier limitación al régimen de los derechos fundamentales –como el introducido en perjuicio de los expresidentes por la norma impugnada y de los electores a quienes se les restringió el abanico de posibles candidatos por los cuales votar– era competencia exclusiva del Poder Constituyente originario o derivado, no del Poder Reformador de la Constitución, el cual, como vimos supra, es un poder limitado competencialmente por ser un órgano constituido.

En otros términos, la introducción de la prohibición de la reelección presidencial en el artículo 132 inciso 1) de la Constitución, por tratarse de la limitación al derecho fundamental de los expresidentes de ser elegidos a un cargo de elección popular y de los electores de poder votar por los expresidentes, era una competencia sustraída al Poder Reformador de la Constitución que tiene la Asamblea Legislativa en virtud del artículo 195 de la Carta Política.

En consecuencia, la citada reforma estaba viciada de inconstitucionalidad por incompetencia, dado que el Asamblea Legislativa al menoscabar dos derechos fundamentales –como son los de elegir y ser electos– por medio del procedimiento de reforma parcial, se arrogó una competencia que correspondía a la Asamblea Constituyente, según la interpretación armoniosa de los numerales 195 y 196 de la Constitución.

VII. LA PRAXIS CONSTITUCIONALMENTE LATINOAMERICANA EN MATERIA DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL

En los restantes siete países, además de Costa Rica, en los que se prohíbe la reelección presidencial en América Latina, dicha restricción fue introducida, invariablemente, por el Poder Constituyente y, en ningún caso, por los respectivos Parlamentos.

Ello demuestra que existe una praxis inveterada en América Latina en el sentido de que los derechos fundamentales de elegir y ser electos sólo pueden ser válidamente restringidos por el Poder Constituyente, nunca por la Asamblea Legislativa actuando como poder reformador de la Constitución.

VIII. CONCLUSIÓN

Sin duda alguna la sentencia en comentario ha tenido una importancia decisiva en el ámbito político del país, pues permitió que el ex Presidente Arias se volviera a postular como candidato a la Presidencia y ganara las últimas elecciones presidenciales.

Sin embargo, la influencia más notable se produjo sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales. En efecto, si la Sala hubiera considerado que la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de su Poder Reformador de la Constitución, no tiene ningún límite competencial en materia de derechos fundamentales, es claro que el Estado de Derecho habría sufrido un duro revés, pues los costarricenses hubiéramos quedado notificados de que una mayoría parlamentaria transitoria podría restablecer la pena de muerte abolida en 1881 o legalizar la esclavitud, eliminada desde la época colonial.

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN VENEZUELA: A PROPÓSITO DEL FRACASADO PROYECTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA PROPUESTO EN EL AÑO 2007

JOSÉ VICENTE HARO GARCÍA (*)
(Venezuela)

SUMARIO: Introducción. **I.** Sentido y alcance del Proyecto de Reforma de la Constitución venezolana presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007 y aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional. **II.** Principales razones para sostener que el Proyecto de Reforma Constitucional violaba los límites materiales que para ese tipo de modificaciones constitucionales prevé la Constitución venezolana de 1999 por infringir principios fundamentales de dicha Constitución. **III.** Decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre acciones interpuestas contra el Proyecto de Reforma Constitucional o de cómo la justicia constitucional venezolana claudicó frente al poder del Presidente de la República. **IV.** Naturaleza, alcance y límites de las reformas constitucionales: poniendo las cosas en contexto. **V.** Los controles de la reforma constitucional con especial referencia al control ejercido por el órgano judicial encargado del control de la constitucionalidad y de ser el máximo y último intérprete de la Constitución. Reflexiones finales.

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello con sede en Caracas, Venezuela. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila con sede en Caracas, Venezuela. Secretario de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. E-mail: josevicenteharo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El 15 de agosto de 2007 el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, presentó un anteproyecto de Reforma de la Constitución de 1999 ante la Asamblea Nacional (actual nombre del Parlamento venezolano), la cual aprobó con pocas modificaciones dicho anteproyecto para ser sometido a referendo en diciembre de 2007.

El Proyecto de Reforma Constitucional sancionado por la Asamblea Nacional planteaba la modificación de 79 artículos de la Constitución y la inclusión de 15 Disposiciones Transitorias. Se puede decir que la referida reforma abarcaba, en general, cuatro aspectos: eliminación y restricción de determinados Derechos Humanos; modificación de la llamada Constitución Económica para pasar de una economía mixta propia de un Estado Social de Derecho a una economía con características socialistas; modificación de la forma del Estado venezolano para pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado; modificación de diversos aspectos político institucionales dentro de los cuales estaba la eliminación de los límites establecidos para que el Presidente de la República pueda seguir postulándose en sucesivos períodos a la Presidencia de la República venezolana.

Luego de presentado el anteproyecto de Reforma de la Constitución de 1999 surgió un debate en Venezuela sobre el alcance de la reforma planteada y los límites materiales que establece la Constitución venezolana para el caso de las reformas constitucionales.

El artículo 342 de la Constitución venezolana establece que la reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que *no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional*.

Habida cuenta del alcance de las reformas planteadas en el Anteproyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez, el debate abierto sometía a duras críticas ese anteproyecto de Reforma, porque, a todas luces representaba una alteración o modificación de principios fundamentales del Texto Constitucional venezolano.

Muchas fueron las acciones y recursos que se ejercieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fundamentadas en que el Presidente de la República, primero, y la Asamblea Nacional, después, pretendían someter a consideración del pueblo una reforma constitucional que alteraba principios fundamentales del Estado venezolano contenidos en la Constitución de 1999. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela dictó más de 30 fallos relacionados directa o indirectamente con este tema, en los que se abstuvo de conocer y decidir las acciones ejercidas contra la pretendida reforma constitucional.

A partir del episodio anterior pretendemos abordar a continuación el tema del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en Venezuela, explicando, en primer lugar, el sentido y alcance del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007 y sancionado con modificaciones por la Asamblea Nacional, para luego referirnos a las principales razones por las cuales sostuvimos en su oportunidad que el Proyecto de Reforma Constitucional violaba los límites materiales que para ese tipo de modificaciones constitucionales prevé la Constitución venezolana de 1999. Igualmente haremos referencia a las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que se dictaron con motivo de las acciones y recursos interpuestos contra el Proyecto de Reforma de la Constitución. De seguidas abordaremos lo que según la teoría general del Derecho Constitucional debe ser la naturaleza, alcances y límites de una reforma constitucional, para luego hacer hincapié en los controles de la reforma constitucional, especialmente del control jurisdiccional que es el que debe ejercer el órgano encargado de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

I. SENTIDO Y ALCANCE DEL PROYECTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA PRESENTADO POR EL PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ EN EL AÑO 2007 Y APROBADO CON MODIFICACIONES POR LA ASAMBLEA NACIONAL

Como ya hemos señalado el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba la modificación de 79 artículos de la Constitución y la inclusión de 15 Disposiciones Transitorias. Se puede decir que la referida reforma abarcaba, en general, cuatro aspectos: eliminación y restricción de determinados Derechos Humanos; modificación de la llamada Constitución Económica para pasar de una economía mixta propia de un Estado Social de Derecho a una economía con características socialistas; modificación de la forma del Estado venezolano para pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado; modificación de diversos aspectos político institucionales dentro de los cuales estaba la eliminación de los límites establecidos para que el Presidente Hugo Chávez pueda seguir postulándose en sucesivos períodos a la Presidencia de la República venezolana.

1.1. El intento de eliminar y restringir determinados Derechos Humanos en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 y aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional

El anteproyecto de reforma de la Constitución venezolana presentado por Hugo Chávez en el año 2007 tuvo entre sus objetivos, aunque resulte paradójico, eliminar y restringir determinados derechos humanos.

Al respecto, el anteproyecto de Reforma Constitucional propuso eliminar el derecho al sufragio para la elección de las autoridades y funcionarios del llamado Poder Popular que se elevaba a rango constitucional en esa reforma y que estaría integrado por Consejos Comunales, Comunas, Comunidades, entre otros. Igualmente propuso restringir el derecho a convocar los referenda consultivo, aprobatorio de leyes, revocatorio de mandatos de elección popular y abrogatorio de leyes, aumentando significativamente el número de electores que debían solicitar los mismos.

Por otra parte se planteó la restricción de la garantía de autonomía universitaria, lo cual se trató de hacer obligando a las universidades a establecer un determinado sistema de elección de sus autoridades, hasta el punto que obligaba a que sólo se establezca una sola vuelta en la elección de dichas autoridades. Igualmente se proponía restringir el derecho al voto de los profesores universitarios en la elección de sus autoridades. Además, establecía la posibilidad de que el Estado asuma la gestión de los servicios de educación, incluyendo los privados.

Aunado a lo anterior, en el ámbito de los Derechos Humanos, el anteproyecto de Reforma de la Constitución proponía eliminar los límites temporales establecidos constitucionalmente con relación a los estados de excepción, suprimir el control judicial de la constitucionalidad de los estados de excepción, eliminar y, según el caso, suspender total o parcialmente durante los estados de excepción los derechos y garantías al debido proceso, a la información y demás derechos humanos intangibles (como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no ser detenido, sino en situación *in fraganti* o por una orden judicial, la garantía de que los detenidos sean pasados a disposición del Ministerio Público y de los Tribunales en un determinado límite de tiempo, y la garantía del tiempo máximo de detención, entre otras).

1.2. El intento de establecer en Venezuela un sistema socialista en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional

En lo que se refiere a la modificación de la llamada Constitución Económica, el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba pasar de una economía mixta propia de un Estado Social a una Economía Socialista propia de un Estado socialista.

Al respecto, se propuso la restricción y eliminación de determinados Derechos Económicos. En concreto se suprimía de la Constitución el artículo que consagraba el derecho a la libertad económica; se restringía el sentido y alcance del derecho de propiedad; se elimina la referencia expresa a los derechos de propiedad industrial y, en general, se restringían los derechos económicos con el objeto de facilitar la transición a un modelo económico socialista. En este sentido el

Proyecto de Reforma de la Constitución proponía crear las condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una Economía Socialista y facultaba al Presidente de la República a dictar todos los Decretos y Decretos Leyes para regular el tránsito a una economía socialista.

En el referido contexto el Proyecto de Reforma Constitucional establecía la facultad del Estado de reservarse o asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. También declaraba de interés nacional la producción de alimentos y mediante una reforma del artículo 156 de la Constitución, se facultaba al Estado para asumir la gestión y administración de los ramos de la economía nacional, así como su “eventual transferencia a sectores de economía de propiedad social, colectiva o mixta”.

Por otra parte, se modificaba y restringía abiertamente la protección que la Constitución de 1999 concede al derecho de propiedad en su artículo 115, reconociendo tal derecho sólo sobre bienes de uso y consumo, y medios de producción legítimamente adquiridos. Además se eliminaba del artículo 98 de la Constitución la garantía de la propiedad intelectual.

Además, se establecía la facultad del Estado para establecer mediante ley la forma en que los latifundios serían transferidos a la propiedad del Estado o de los entes o empresas públicas, cooperativas, comunidades u organizaciones sociales capaces de administrar y hacer productivas esas tierras. Incluso, mediante una modificación del artículo 307 de la Constitución de 1999 se ampliaban los supuestos de confiscación de la propiedad (en concreto estaba prevista la confiscación para: propiedades cuyos dueños ejecuten en ellas actos irreparables de destrucción ambiental; propiedades dedicadas a la producción de sustancias psicotrópicas o estupefacientes; propiedades de quienes incurran en trata de personas; propiedades que se utilicen o permitan su utilización como espacios para la comisión de delitos contra la seguridad y defensa de la Nación).

El Proyecto de Reforma Constitucional planteaba introducir en la Constitución, concretamente en el artículo 115, una referencia a las llamadas nuevas formas de propiedad. Esas llamadas nuevas formas de propiedad serían propiedad social, propiedad colectiva, propiedad pública y propiedad mixta.

Pareciera que el sentido de la Reforma Constitucional en este aspecto era, por un lado sistematizar y reconocer como parte del derecho de propiedad todas las formas de propiedad y, por el otro, dar mayor importancia a la propiedad social, colectiva, pública y mixta. La reforma constitucional planteaba como nuevo paradigma de propiedad aquella que tiene una naturaleza social o colectiva. El Estado dejaría de fomentar la propiedad privada para dar prioridad a la expansión y consolidación de esas nuevas formas de propiedad con el objeto de que tengan “un lugar preponderante en la economía nacional”.

En todo caso las nuevas formas de propiedad planteadas se podían calificar así: propiedad pública, sería la perteneciente a los entes del Estado (por ejemplo la propiedad de la República sobre bienes muebles o inmuebles, edificios, cuentas bancarias, etc.); propiedad social, sería según la Exposición de Motivos del anteproyecto de Reforma Constitucional, aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones como es el caso de la propiedad de medios de producción estratégicos y ciertos bienes del dominio público; propiedad social indirecta, sería la que ejerce el Estado en nombre de la Comunidad; propiedad social directa, sería la que asigna el Estado, bajo distintas formas o ámbitos territoriales demarcados, a una o varias comunidades, a una o varias comunas, caso en el cual sería una propiedad comunal, o a una ciudad caso en el cual sería una propiedad ciudadana; propiedad colectiva, sería la que pertenece a grupos sociales o personas, para su aprovechamiento, uso o goce en común, pudiendo ser de origen social o de origen privado (ejemplos: las cooperativas; las viviendas asignadas por el Estado a una colectividad de un barrio o de una comunidad determinada, pero sin otorgar una propiedad privada a cada familia sino una propiedad colectiva sobre los miembros de la comunidad, los cuales podrían vivir y usar esas viviendas pero no tendrían derecho a disponer de las mismas, es decir, no podrían venderlas o traspasarlas porque no les pertenece a ellos individualmente, sino a la comunidad de la que forman parte; la compra de maquinaria que luego es asignada a pequeños y medianos productores para explotar la tierra); propiedad mixta, sería la conformada entre el sector público, el sector social, el sector colectivo y el sector privado en distintas combinaciones, para el aprovechamiento de recursos o ejecución de actividades (ejemplo: las empresas mixtas previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y que el Estado ha ido constituyendo recientemente con empresas privadas pero con mayoría accionaria del Estado).

1.3. El intento de modificar radicalmente la forma de Estado en Venezuela en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 aprobado por la Asamblea Nacional, o sobre la pretensión de pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado

El Proyecto de Reforma de la Constitución planteaba además una modificación de la forma de Estado en Venezuela mediante la centralización del poder público que se llevaría a través de la creación de nuevos entes y órganos administrativos que en su mayoría serían creados y dirigidos por el Ejecutivo Nacional y que podrían ejercer competencias a nivel regional o local (ejemplo: creación de provincias federales, Distrito Federal, regiones marítimas, distritos insulares, distritos funcionales, municipios federales y ciudades federales). Igualmente, se proponía otorgar más potestades al Presidente de la República para intervenir en los

asuntos regionales y locales. Lo anterior, estaba acompañado por lo que se podría denominar una desconcentración al otorgar competencias a las comunidades organizadas para la gestión de los asuntos locales. (ejemplo: creación de la ciudad, la comuna, la comunidad y la ciudad comunal como entes políticos de naturaleza local que organizarían el gobierno local).

Con todo, el Proyecto Reforma Constitucional pretendía debilitar las competencias de los Estados y Municipios y sus autoridades, restringiendo su autonomía y competencias.

1.4. El intento de modificar aspectos político institucionales establecidos en la Constitución de 1999 en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 y aprobado por la Asamblea Nacional o de la pretensión de concentrar mayor poder y extender su ejercicio en el poder

En lo que se refiere a las reformas político institucionales el Proyecto de Reforma Constitucional planteó, entre diversos aspectos que no son pertinentes en este contexto, lo siguiente: transformación del Consejo Federal de Gobierno en el llamado Consejo Nacional de Gobierno con el objeto de darle mayor poder al Ejecutivo Nacional sobre los asuntos vinculados con los Estados y Municipios; aumentaba las atribuciones del Presidente de la República, modificación del Régimen Constitucional de la Fuerza Armada y, como colofón, aumento del período presidencial de 6 a 7 años. Además, se eliminaban los límites para la reelección en el cargo. El propósito del Presidente Hugo Chávez era claro: perpetuarse en el ejercicio de la Presidencia de la República.

II. PRINCIPALES RAZONES PARA SOSTENER QUE EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL VIOLABA LOS LÍMITES MATERIALES QUE PARA ESE TIPO DE MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES PREVÉ LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999 POR INFRINGIR PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE DICHA CONSTITUCIÓN

El artículo 342 de la Constitución venezolana establece que la reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas “*que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional*”.

Aunque son muchas las razones de orden jurídico, político y social por las cuales pudiera considerarse que el Proyecto de Reforma de la Constitución era improcedente e inconveniente para Venezuela, a continuación sólo haremos referencia estricta a principales las razones por las cuales, desde un punto de vista jurídico constitucional, debe considerarse que el Proyecto de Reforma de la Cons-

titución en referencia violaba la disposición o los límites materiales contenidos en el artículo 342 de la Carta Fundamental venezolana.

En líneas generales el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba la modificación, alteración y, en algunos casos, el menoscabo de principios fundamentales contenidos en la Constitución venezolana de 1999.

En este sentido debe salirse al paso con relación al argumento aducido por el Presidente de la República y sus asesores según el cual los principios fundamentales contenidos en la Constitución de 1999 son sólo aquellos que están contenidos en los artículos 1 al 9 de la Constitución porque son los que se presentan bajo el Título I “Principios Fundamentales”. Por el contrario, los principios fundamentales de la Constitución venezolana son aquellos sin los cuales la Constitución deja de ser una Constitución propia de un Estado constitucional, estén o no contenidos dentro del referido Título I.

Si bien dentro de los primeros 9 artículos de la Constitución están contenidos los principios como el de soberanía popular, el principio democrático, los principios referidos al sistema de gobierno y a la forma de Estado en Venezuela, debe señalarse que en otros artículos de la Constitución venezolana existen principios que deben igualmente ser considerados principios fundamentales de la Constitución como lo son el principio de división de poderes (artículo 136) y el principio de legalidad (artículo 137), el principio de progresividad en la protección de los Derechos Humanos (artículo 19), por sólo mencionar algunos.

En definitiva, debemos destacar que la cláusula de intangibilidad contenida en el artículo 342 de la Constitución establece límites materiales para la reforma constitucional en Venezuela en virtud de los cuales ninguna reforma constitucional puede pretender alterar los principios fundamentales contenidos todo el conjunto de disposiciones de la Carta Magna.

Precisado lo anterior, debe indicarse que el Proyecto de Reforma Constitucional en los términos planteados por el Presidente Hugo Chávez y por la Asamblea Nacional, representaba una violación, entre otros, de los principios de progresividad en la protección de los Derechos Humanos, de los principios conforme a los cuales se establece la forma de Estado en Venezuela y la Constitución Económica venezolana y, de diversos otros principios como el principio democrático de soberanía popular y el principio de alternancia en el sistema de gobierno venezolano.

En efecto, el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado en el año 2007 en Venezuela violaba el principio de progresividad en la protección de los Derechos Humanos porque, como ya se indicó anteriormente, se planteó la eliminación de Derechos Humanos del Texto Fundamental, como el Derecho a la Libertad Económica. Además, se proponía una restricción desproporcionada y excesiva de

otros derechos y garantías constitucionales como los referidos a la propiedad, a la autonomía universitaria y a la protección de los Derechos Humanos intangibles durante los Estados de Excepción, entre otras tantas violaciones que podrían ponerse en tela de juicio.

Por otra parte, el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado en Venezuela en el año 2007 violaba los principios conforme a los cuales está consagrada la forma de Estado en Venezuela, que se corresponden con un Estado Federal descentralizado lo cual está expresamente establecido en el artículo 4 de la Constitución venezolana. Esa violación se producía porque el Proyecto de Reforma de la Constitución planteaba una modificación radical de la forma de Estado, vaciando de contenido las funciones y la autonomía que tienen los Estados y Municipios, creando estructuras y mecanismos para transformar un Estado Federal descentralizado en un Estado centralizado y desconcentrado.

Aunado a ello, el Proyecto de Reforma de la Constitución representaba una violación del modelo de Constitución Económica contenido en la Constitución venezolana de 1999 que, como ya indicamos, es un modelo de Economía mixta en la cual se garantizan, entre otros, los derechos a la libertad económica y a la propiedad pero al mismo tiempo se reconocen amplias potestades al Estado para intervenir y regular diversos aspectos de la economía.

Este modelo económico está contenido en diferentes artículos de la Constitución que van desde aquellos que consagran los Derechos Humanos Económicos hasta aquellos que establecen los principios generales del Régimen Socioeconómico de la República, como los contenidos en el artículo 299 de la Carta Magna que establece expresamente que *“El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta”*.

Ahora bien, el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba abiertamente modificar el modelo de Constitución económica venezolano para pasar de un régimen de economía mixta a un régimen económico socialista y para ello pretendía, entre otros aspectos, la eliminación del Derecho a la Libertad Económica, la

limitación excesiva del Derecho a la Propiedad Privada y la eliminación de todos los principios contenidos en el artículo 299 de la Carta Magna antes citado.

Por último, el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba la modificación de aspectos político institucionales que representaban una violación, entre otros, a los principios democráticos, de soberanía popular y de alternancia sobre los cuales descansa el Sistema de Gobierno en Venezuela.

Concretamente, el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba la creación de un llamado Poder Popular que asumiría muchas de las facultades establecidas en la Constitución y en las leyes a representantes del pueblo electos popularmente en los Estados y Municipios, pero al hacer esto, el Proyecto de Reforma señalaba expresamente que las autoridades del Poder Popular no podrían ser electos popularmente mediante elecciones con lo cual se menoscababa sin duda el principio democrático y con ello el principio de soberanía popular consagrado en la Constitución venezolana en sus artículos 2 y 5, así como los principios que aseguran un gobierno electivo, participativo y democrático según lo previsto en el artículo 6 de la propia Constitución venezolana.

Por si fuera poco, el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba una eliminación del límite establecido en la Constitución para que el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones sólo pudiera ser reelecto una sola vez en ese cargo, a los fines de permitir abiertamente al actual Presidente de la República poder ser reelecto nuevamente en ese cargo con posterioridad. Debemos aclarar que esta reforma se propuso en el marco de un Estado que tiene un sistema presidencialista de gobierno y no un sistema parlamentario, y donde ya el período presidencial es bastante largo (6 años), por lo tanto no aplican los principios del Derecho Constitucional que permite en los sistemas parlamentarios no establecer límites a la reelección de un Presidente.

Así las cosas, la modificación planteada en el Proyecto de Reforma de la Constitución de 1999 representaba una modificación de un principio constitucional del sistema de gobierno en Venezuela como lo es el principio de alternancia o de un gobierno alternativo que históricamente ha sido labrado y garantizado en las Constituciones democráticas de Venezuela, por causas muy puntuales referidas a la necesidad de evitar que Presidentes de la República abusando de su poder quieran perpetuarse en el mismo, lo cual lamentablemente sucedió en varias ocasiones en Venezuela durante todo el Siglo XIX hasta poco más de la segunda mitad del Siglo XX.

Podríamos dedicar mucha más tinta y palabras para describir todas las razones por las cuales el Proyecto de Reforma de la Constitución planteado por el Presidente Hugo Chávez violaba o, según el caso, planteaba la modificación, alteración o menoscabo de principios fundamentales contenidos en la Constitución

de 1999, sin embargo, consideramos que las referencias antes señaladas pueden ser suficientemente ilustrativas a los efectos propuestos en este estudio.

III. DECISIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE ACCIONES INTERPUESTAS CONTRA EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL O DE CÓMO LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA CLAUDICÓ FRENTE AL PODER DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

A pesar que el Proyecto de Reforma Constitucional planteado por el Presidente de la República Hugo Chávez en el año 2007 posteriormente aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional, excedía o violaba los límites materiales que toda reforma constitucional debe respetar en Venezuela en virtud de la cláusula de intangibilidad establecida en el artículo 342 de la Constitución; en las diversas oportunidades que se presentaron acciones y recursos ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ésta se abstuvo de pronunciarse sobre el fondo de dicho proyecto aduciendo excusas y argumentos de todo orden.

A continuación haremos rápida referencia a los fallos emitidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre este particular.

Mediante decisión No. 1377/2007 de fecha 29 de junio de 2007, la Sala Constitucional conoció sobre una demanda interpuesta por el ciudadano José Ignacio Guédez Yépez, en la que éste pretendía la tutela como interés difuso del principio de alternabilidad democrática previsto en el artículo 6 de la Constitución. Al margen de los argumentos vinculados con la legitimación alegada por el referido ciudadano, que condujeron a la inadmisibilidad de esa demanda, cabe resaltar que la Sala Constitucional entre sus argumentos indicó que ella no podía inmiscuirse en un asunto que era competencia de la Asamblea Nacional como lo era la discusión y sanción de un Proyecto de Reforma Constitucional.

En decisión No. 1681/2007 de fecha 7 de agosto de 2007 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conoció un recurso de interpretación constitucional ejercido por los miembros del partido político Primero Justicia, a los efectos de que esa Sala aclarece el sentido y alcance de la cláusula de intangibilidad establecida en el artículo 342 de la Constitución de la República y precise si el anteproyecto de Reforma Constitucional planteado por el Presidente de la República violaba o no los límites previstos en esa cláusula de intangibilidad. Al respecto, la Sala Constitucional, entre otros argumentos que no vienen al caso mencionar, indicó que dicha Sala no podría conocer sobre hipotéticas o eventuales normas que podrían o no aprobarse en el futuro y que sólo podría hacerlo la Sala Constitucional con respecto a normas o reformas constitucionales que hayan sido aprobadas por la Asamblea Nacional y por el pueblo mediante referendo.

Mediante auto No. 1832/2007 la Sala Constitucional se pronunció sobre una solicitud de recusación que se presentó contra la Magistrada y Presidenta de esa instancia, Luisa Estela Morales, quien desde el inicio del año 2007 fue nombrada por el Presidente de la República Secretaria Ejecutiva de la Comisión Presidencial encargada de la redacción del anteproyecto de Reforma Constitucional que a la postre presentaría el Presidente Hugo Chávez ante la Asamblea Nacional. En una paradójica decisión emitida por el entonces Magistrado Jesús Eduardo Cabrera actuando como Vicepresidente de la Sala Constitucional, en resumidos términos se declaró improcedente la recusación porque el hecho de que la Presidenta de la Sala Constitucional y del Tribunal Supremo de Justicia haya sido nombrada Secretaria Ejecutiva de la mencionada Comisión Presidencial no significaba que ella participara en la redacción de las normas contenidas en el anteproyecto de Constitución o que hiciera propuestas en torno al mismo. Una decisión en igual sentido se dictó mediante el auto No. 2188/2007 recaído en el caso Herman Escarrá de fecha 22 de noviembre de 2007. Como se puede observar estas decisiones ilustran que la parcialidad de los magistrados de la Sala Constitucional ya estaba comprometida a favor del Proyecto de Reforma Constitucional.

Por sentencia No. 1974/2007 de fecha 23 de octubre de 2007, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conoció otra acción interpuesta por el ciudadano José Ignacio Guédez Yépez, esta vez mediante amparo constitucional contra la amenaza de que se materialice la aprobación del Proyecto de Reforma Constitucional y de que allí se eliminen los límites que establece la Constitución para que el Presidente de la República pueda ser reelecto en el cargo por más de una vez. Al respecto la Sala Constitucional declaró nuevamente inadmisibles las acciones interpuestas contra la reforma constitucional por considerar que no se puede impugnar un hecho hipotético y futuro. En concreto, la Sala Constitucional dijo que *“el presunto agraviado no puede pretender la materialización de una lesión constitucional, de un hecho futuro o incierto como lo es la eventual aprobación por parte de la Asamblea Nacional y consecuentemente del correspondiente referendo aprobatorio del texto de reforma constitucional presentado inicialmente por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela”*. No obstante, la Sala Constitucional en su decisión se ocupó de aclarar que, en todo caso, en su opinión, una eventual modificación de la Constitución para que se eliminen los límites previstos para la reelección del Presidente de la República en nada afectaría los principios o valores constitucionales, por el contrario, en opinión de la Sala Constitucional esos principios y valores se verían reforzados porque una reforma de ese tipo promovería la participación del pueblo.

Mediante decisión No. 2042/2007 de fecha 2 de noviembre de 2007, la Sala Constitucional declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional interpuestas contra el Proyecto de Reforma de la Constitución en la que se alegaba que

dicho Proyecto era contrario a los principios fundamentales de la Constitución y por ello violaba los límites que para la reforma constitucional establecía el artículo 342 de la Constitución. La Sala Constitucional consideró que el accionante no tenía legitimación para ejercer el amparo constitucional por cuanto no alegaba la violación de un derecho subjetivo propio o de intereses colectivos o difusos cuya representación se pudiera arrojar. En igual sentido se pronunció el fallo No. 2198/2007 de fecha 23 de noviembre de 2007.

Posteriormente, mediante sentencia 2087/2007 de fecha 6 de noviembre de 2007, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó una norma establecida en el artículo 344 de la Constitución, que prevé que un Proyecto de Reforma Constitucional sea votado en partes divididas o en diferentes bloques cuando así lo solicite un número determinado de electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. Ahora bien, la Sala Constitucional haciendo una interpretación bastante forzada e incluso contraria al principio de participación del pueblo consagrado en la Constitución, señaló que esa votación en partes o bloques sólo se podría hacer cuando así lo haya solicitado el proponente del Proyecto de Reforma Constitucional de manera que, como el Anteproyecto de Reforma Constitucional de 2007 fue presentado por el Presidente de la República era él y no el pueblo o un número de electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, quien debía solicitar esa votación en bloques diferentes del Proyecto de Reforma. Una vez más se ponía de manifiesto que la Sala Constitucional sólo estaba trabajando en el sentido de colaborar con el Presidente de la República para que su anteproyecto inicialmente propuesto pudiera verse cristalizado.

Mediante decisión No. 2108/2007 de fecha 7 de noviembre de 2007, la Sala Constitucional consideró “improponible” la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Jorge Paz Nava contra la aprobación del Anteproyecto de Reforma de la Constitución que se habría realizado en Consejo de Ministros, contra la presentación del mismo ante la Asamblea Nacional y, en general, contra el anteproyecto mismo. La Sala Constitucional reiterando su posición de no pronunciarse sobre la propuesta de Reforma de la Constitución señaló que todos los actos preparatorios del Proyecto de Reforma Constitucional deben ser considerados actos de trámite que por su naturaleza no pueden ser impugnados, siendo que sólo los actos definitivos pueden ser objeto de una solicitud de nulidad y, en este caso, a juicio de la Sala, el acto definitivo era la aprobación de un Proyecto de Reforma Constitucional por parte del pueblo y, hasta tanto, no podía la Sala Constitucional entrar a conocer del caso.

Por decisión No. 2109/2007 de fecha 8 de noviembre de 2007, la Sala Constitucional declaró inadmisibles por ininteligible una acción de amparo constitucional ejercida contra el Proyecto de Reforma de la Constitución sancionado por la Asamblea Nacional en el que, entre otras cosas, se alegaba que la Asamblea Na-

cional no podía incluir en el Proyecto de Reforma Constitucional nuevos artículos diferentes a los propuestos por el Presidente de la República en su anteproyecto de Reforma de la Constitución y que, en todo caso, buena parte de los artículos aprobados por la Asamblea Nacional para que formen parte integrante del Proyecto de Reforma eran contrarios a normas y principios contenidos en la Constitución. Si bien es cierto que a simple vista la redacción de la acción interpuesta por la ciudadana que en este caso ejerció el amparo no era muy clara, no es menos cierto que la Sala Constitucional podía fácilmente observar cuál era el sentido de la acción interpuesta y su pretensión, pero se abstuvo de conocerla so pretexto de que la acción era ininteligible. Una decisión parecida adoptó la Sala Constitucional mediante la sentencia No. 2114/2007 de fecha 8 de noviembre de 2007, en la que declaró la inadmisibilidad por ininteligible de una acción de nulidad interpuesta contra el Proyecto de Reforma Constitucional por una abogada a la cual el Tribunal Supremo ordenó, en virtud de su acción, abrir un expediente disciplinario ante el Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados correspondiente. Otra decisión en igual sentido fue dictada bajo el No. 2195 en fecha 22 de noviembre de 2007.

Luego, mediante sentencia No. 2125 de fecha 9 de noviembre de 2007 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente un recurso de interpretación con relación al Proyecto de Reforma Constitucional bajo el argumento que del recurso ejercido y de la norma sobre la cual se formuló la interpretación no surgen dudas o ambigüedades que pudieran justificar un recurso de interpretación constitucional. Sin embargo, el problema en ese caso concreto estaba claramente identificado, los accionantes miembros del partido político PODEMOS alegaban que en el Proyecto de Reforma de la Constitución se incluyeron disposiciones que no estaban contenidas en el anteproyecto presentado por el Presidente de la República y lo que pretendían obtener de la Sala Constitucional era una interpretación del artículo 343 de la Constitución para aclarar si eso podía o no hacerse habida cuenta que la Constitución en ese artículo exige varias discusiones del Proyecto de Reforma de la Constitución y los artículos que se habrían incorporado al anteproyecto original de reforma no habían sido suficientemente discutidos y debatidos por la Asamblea Nacional.

Posteriormente mediante decisión No. 2147/2007 de fecha 13 de noviembre de 2007, la Sala Constitución declaró “no ha lugar” al recurso de nulidad interpuesto por el ciudadano José Rafael Briceño contra el Proyecto de Reforma de la Constitución. En esta decisión la Sala Constitucional por un lado manifestó que ella no podía inmiscuirse en asuntos que en todo caso eran competencia de otros poderes. En este sentido, dijo la Sala que *“en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración pro opia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como pro ducto de la naturaleza de su función,*

esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades ...”. La gravedad de estas afirmaciones salta a la vista y dejaron al descubierto la clara intención de la Sala Constitución del Tribunal Supremo de Justicia de no querer ejercer su función en el control de la constitucionalidad del Proyecto de Reforma Constitucional.

Por otra parte, en la antes mencionada decisión, la Sala Constitucional reiteró que ella no podía controlar la constitucionalidad de Proyectos de Reforma Constitucional así como no lo podía hacer con respecto a Proyectos de Ley, aunque reconoció que luego de su aprobación sí podían ser objeto de control. Este criterio según el cual la Sala Constitucional no podía controlar la constitucionalidad del Anteproyecto de Reforma presentado por el Presidente de la República fue extendido para el caso del Proyecto de Reforma de la Constitución sancionado por la Asamblea Nacional en la sentencia No. 2189/2007 de fecha 22 de noviembre de 2007 en la cual se sostuvo que dicha sanción no era susceptible de control jurisdiccional ante la Sala Constitucional porque era un acto de trámite en el marco del complejo proceso de reforma de la Constitución, el cual, como acto de trámite no tenía carácter normativo ni efectos jurídicos. A decir de la Sala Constitucional sólo después del acto final aprobatorio de esa reforma constitucional (es decir después del referendo aprobatorio), se podía admitir el control de la constitucionalidad del Proyecto de Reforma de la Constitución por parte de la Sala Constitucional (en el mismo sentido se pronunciaron las sentencias Nros. 2191/2007, 2192/2007, 2193/2007 y 2194/2007 de fecha 22 de noviembre de 2007, así como las sentencias Nros. 2200/2007, 2201/2007, 2202/2007, 2203/2007, 2204/2007 y 2205/2007 de fecha 27 de noviembre de 2007, la decisión No. 2208/2007 de fecha 28 de noviembre de 2007, y las decisiones Nros. 2210/2007 y 2211/2007 de fecha 29 de noviembre de 2007).

Con parecido criterio se pronunciaron otras decisiones de la Sala Constitucional mediante las cuales se solicitó la interpretación del artículo 342 de la Constitución que establece los límites materiales a la reforma constitucional y, en ese sentido, se expresó que tales recursos de interpretación no podían ser resueltos por cuanto la aprobación o sanción por parte de la Asamblea Nacional de un Proyecto de Reforma Constitucional no otorgaba carácter normativo o efectos jurídicos a tal Proyecto (Sentencia No. 2207/2007 de fecha 28 de noviembre de 2007).

IV. NATURALEZA, ALCANCE Y LÍMITES DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES: PONIENDO LAS COSAS EN CONTEXTO

No resulta fácil abordar un tema tan espinoso y complejo como el del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, quizás, el acto de ejerci-

cio del Poder Público más importante que corresponde a los órganos de un Estado constitucional.

Sin embargo, como siempre se hace imperioso recordar que cuando tenemos un tema álgido o difícil de resolver en el ámbito constitucional y especialmente en el ámbito de la justicia constitucional, debemos acudir y debemos siempre tener como parámetro de referencia el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución y, cualquier solución que se adopte al problema, deberá guardar armonía con dicho principio.

Como bien lo ha señalado la doctrina constitucional, la reforma constitucional no es una obra del Poder Constituyente y por lo tanto no puede considerarse una manifestación del Poder Constituyente. La reforma constitucional, antes bien, es una obra de los poderes constituidos aún en países en que su procedimiento incluya un referendo aprobatorio porque, en ese caso, el pueblo no actúa ejerciendo el Poder Constituyente sino como cuerpo electoral que ejerce una función de control político de la reforma constitucional elaborada por los poderes constituidos, en los términos acuñados en la doctrina moderna por Pedro de Vega.

En razón de lo anterior, toda reforma constitucional debe guardar armonía con el principio de supremacía constitucional a los fines de garantizar no sólo la efectividad de las normas y principios constitucionales, sino también, la voluntad del Poder Constituyente en cuanto a los aspectos fundamentales en que ha sentado las bases de su Constitución. No pueden los poderes constituidos pretender desde la reforma constitucional, desde la Constitución, destruir la obra del Constituyente al punto de desnaturalizarla. Ciertamente es que pueden realizar modificaciones y reformas al Texto Constitucional, pero éstas no pueden alterar los límites materiales implícitos o explícitos (a través de cláusulas de intangibilidad) de la reforma constitucional. En otras palabras los poderes constituidos no pueden desconocer la esencia y los principios fundamentales de la Constitución.

En un Estado donde la Constitución no contiene cláusulas de intangibilidad, como bien lo ha puesto de manifiesto Pedro de Vega, esos límites implícitos de la reforma constitucional giran en torno al principio democrático, el principio de soberanía popular, el principio de supremacía constitucional, el principio de división de poderes y a los derechos fundamentales. No obstante, en aquellos Estados donde la Constitución contiene cláusulas de intangibilidad serán esos textos constitucionales los que sirvan para señalar los términos y el límite de acción de los poderes constituidos en el marco de la reforma constitucional.

Pretender lo contrario y sostener que hay aspectos de una reforma constitucional que tienen un alto contenido político y frente a lo cuáles no pueden intervenir los jueces constitucionales en ejercicio de la jurisdicción constitucional para zanjar los problemas planteados por esos temas políticos, representa un menoscabo

y desconocimiento de las implicaciones del principio de supremacía constitucional y una brecha por la cual pueden penetrar factores enemigos del Estado constitucional y de la democracia para perpetrar un fraude constitucional.

Esta es quizás la primera y principal observación que hay que formular a la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. En las sentencias referidas *supra*, pudimos observar como los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hicieron uso de todo tipo de argumentos para evitar conocer o pronunciarse sobre el Proyecto de Reforma Constitucional planteado por el Presidente de Venezuela en el año 2007, aunque hay que destacar la honrosa excepción del Magistrado Pedro Rondón Haaz, único magistrado que mantuvo estoicamente una posición coherente y constante a favor de la defensa de la Constitución en el marco del proceso de reforma constitucional que estamos refiriendo.

La misión de los tribunales, cortes, salas constitucionales y de sus jueces, es precisamente garantizar la defensa de la Constitución, es decir, garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales. Ellos deben su status y su razón de ser a la existencia del principio de supremacía constitucional que es el fundamento último de dichos tribunales constitucionales. No pueden actuar como Zeus tratando de asumir el poder de su padre, no pueden asumir las funciones del Poder Constituyente y desafiar la base misma de su existencia y razón de ser.

En definitiva, a los fines de garantizar la continuidad del Estado constitucional y la supremacía de los principios y normas constitucionales que hace reconocible la Constitución de un Estado democrático, los tribunales, cortes y salas constitucionales deben adoptar todas las medidas necesarias y ejercer todo su poder en defensa de la Constitución. Esto fue otro aspecto que en el caso de Venezuela falló. Seis de los siete magistrados de la Sala Constitucional, actuaron no como jueces constitucionales sino como verdaderos militantes de un proyecto político que es el encarnado por el Presidente Hugo Chávez y eso debe ser parte del diagnóstico sobre el tema del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en Venezuela: los jueces constitucionales deben tener ante todo y como parámetro de referencia, el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución todo lo cual les obliga a defender los principios y normas fundamentales que constituyen la esencia de la Constitución que los vincula y no ha coadyuvar al Presidente de la República en la concreción de un proyecto político determinado.

Ahora bien, si todavía resulta difícil encontrar constituciones que establezcan expresamente la facultad de los tribunales, cortes y salas constitucionales de ejercer el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, es todavía más difícil encontrar países en los que se establezca un control previo de la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional antes de su

promulgación definitiva, sin embargo, la inexistencia de estos controles expresamente mencionados no representa excusa válida para desconocer la posibilidad que tienen los tribunales constitucionales en el ejercicio de sus funciones, de defender la Constitución frente a cualquier intento de transformarla en algo distinto a lo que es. Si la ausencia de una institución o de un principio en Derecho Comparado hubiera sido un obstáculo para la creación y consideración de instituciones y mecanismos jurídicos en la Historia del Derecho, John Marshall no se habría atrevido a escribir los párrafos que hoy nos inspiran en la sentencia *Marbury vs. Madison*, y Kelsen no se habría atrevido a replicar a Carl Schmitt sosteniendo que el defensor de la Constitución debe ser un Tribunal Constitucional y no el Presidente del Reich. Si eso hubiera sido así los Estados Unidos de América tal vez no serían un parámetro de referencia de la democracia y la justicia constitucional en el mundo, y habríamos llegado al absurdo de que el Presidente de la República se convierta en el garante de la Constitución que la podría modificar siempre que le fuera conveniente.

No cabe duda de que los poderes constituidos son ante todo poderes limitados, no tienen el alcance y potestades del Poder Constituyente, si no tuvieran límites no serían poderes constituidos y tendríamos que considerar que sus órganos pueden permanente y continuamente actuar y tomar las decisiones que en teoría corresponden sólo al Poder Constituyente.

Quizás uno de los principios esenciales de un Estado constitucional y de una democracia es que el poder no puede estar desprovisto de control y sólo puede encausarse y actuar bajo las formas que le imponen la Constitución y el Derecho Constitucional. Por ello, actualmente uno de los principios acuñados en la doctrina es aquel según el cual no existe acto del Poder Público que pueda estar excluido del control jurisdiccional, todo acto dictado por los órganos que ejercen el Poder Público debe poderse cuestionarse ante los órganos jurisdiccionales que le competen según su naturaleza y los órganos que lo emitan.

El principio de universalidad del control jurisdiccional es una garantía, quizás la principal, del principio de supremacía constitucional, es lo que permitirá garantizar en todo momento la efectividad de las normas y principios constitucionales.

Ahora bien, la situación que se presentó en Venezuela amerita que pongamos las cosas en un contexto. Es cierto y allí debemos convenir, en que –a menos que una disposición constitucional o legal así lo establezca (por ejemplo una disposición en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)–, la Sala Constitucional no debería ejercer un control de la constitucionalidad intrínseco de un anteproyecto de Reforma Constitucional o de una propuesta de Reforma Constitucional que está pendiente por ser discutido o que esté siendo discutido en la Asamblea Nacional. Mientras el Proyecto no haya sido sancionado como tal para ser

sometido a la consideración del pueblo mediante referendo los aspectos de fondo de la reforma constitucional no pueden en modo alguno ser controlados porque no han sido sancionados como tales por la Asamblea Nacional. Sólo con la sanción y aun cuando no haya sido aprobado por el pueblo mediante referendo, el Proyecto de Reforma de la Constitución despliega efectos jurídicos y, en el caso de Venezuela esto es claro porque es la sanción del Proyecto de Reforma de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional lo que acarrea que estando en el supuesto contenido en la Constitución, el Consejo Nacional Electoral deba convocar el referendo sobre la reforma dentro de los 30 días siguientes a la presentación formal del proyecto ante ese ente comicial. Igualmente los efectos jurídicos del Proyecto de Reforma Constitucional quedan en evidencia porque será la sanción de ese Proyecto lo que dará lugar a que el pueblo en ejercicio de su derecho a ejercer un control político sobre la reforma constitucional haga uso del mecanismo del referendo aprobatorio.

No obstante lo señalado anteriormente, debe precisarse que todos aquellos actos dictados o bien por el Presidente de la República en ejercicio de su iniciativa de Reforma Constitucional o bien por la Asamblea Nacional, que sean actos en ejecución y cumplimiento del proceso agravado establecido en la Constitución para reformar la Carta Magna, pueden y deben ser controlados de inmediato por los órganos que ejercen el control de la constitucionalidad. No puede sostenerse que tales actos son meros actos de trámite como lo sostuvo la Sala Constitucional de Venezuela en sus decisiones antes reseñadas y mucho menos se puede aducir que dichos actos son impugnables sólo, posteriormente, cuando se produzca el acto definitivo aprobatorio de la reforma constitucional que sería la aprobación por referendo del texto del Proyecto. Si se sostiene esto como lo ha hecho la Sala Constitucional en algunas de las decisiones que hemos reseñado, entonces llegaríamos al absurdo en que todos los miembros de una sociedad tendrían que tolerar que el Presidente de la República presente un proyecto no aprobado por el Consejo de Ministros como lo exige la Constitución o que por ejemplo la Asamblea Nacional sancione el Proyecto de Reforma Constitucional sin tener el quórum calificado conforme a la Constitución para sancionar el Proyecto.

Pero además, siguiendo la tesis de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela tendríamos que permitir que proyectos con esos problemas de forma y trámite procedimental deban ser sometidos a referendo para luego, una vez aprobada la reforma de la Constitución permitir que los mismos sean impugnados ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Esta solución es tan absurda como impresentable en un Estado constitucional y en un Estado de Derecho.

Si aceptamos la tesis que han pretendido establecer los Magistrados de la Sala Constitucional según la cual los actos preparatorios de la reforma constitu-

cional no pueden ser controlados de inmediato por esa instancia, entonces habría que reconocer la posibilidad que tendrían un grupo de electores de presentar un proyecto de enmienda o reforma constitucional aun cuando no posean el apoyo del número de electores previsto especialmente en la Constitución para la iniciativa popular de enmienda o reforma, pero, en virtud de la tesis expuesta, la Asamblea Nacional o el Consejo Nacional Electoral estarían en la obligación de tramitar el proyecto de enmienda o reforma constitucional y deberían convocar el referendo aprobatorio del mismo para que, luego, si el pueblo aprueba la reforma de la Constitución dicho proyecto pueda ser impugnado por irregularidades en su trámite de formación y probablemente sea anulado por la Sala Constitucional a pesar de que la reforma haya sido aprobada por el pueblo. Este ejemplo basta para demostrar la desquiciante tesis de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con la cual ha claudicado en su deber de ejercer en el marco del proceso de reforma de la Constitución, las funciones que, no como una potestad sino como un deber ineludible le establece la Constitución para garantizar la supremacía y efectividad de sus normas.

Por ello, no corresponde menos que cuestionar abiertamente la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que ha sido dictada en el año 2007 con motivo del proceso de reforma de la Constitución venezolana de 1999, porque en ella la Sala Constitucional desnaturalizó su misión y funciones, y renunció a garantizar la supremacía y efectividad de los normas y principios que regulan el proceso de reforma de la Constitución volviéndose cómplice de un proceso que tenía por objeto la destrucción de las bases fundamentales establecidas en la Constitución de 1999, que pretendían en general cambiar una Constitución por otra, todo lo cual no puede ser calificado de otra manera que no sea la de fraude a la Constitución.

V. LOS CONTROLES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL EJERCIDO POR EL ÓRGANO JUDICIAL ENCARGADO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE SER EL MÁXIMO Y ÚLTIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

Como lo ha señalado la doctrina en Derecho Constitucional Comparado, la reforma constitucional es un procedimiento de revisión o modificación de la Texto Fundamental que está sometido a la propia Constitución y que precisamente por ello debe respetar diversos límites implícitos y explícitos, por citar algunas de las categorías acuñadas por la doctrina en lo que se refiere a los límites de la reforma constitucional.

Esos límites implícitos y explícitos del poder de reforma constitucional tienen por objeto proteger la esencia de la Constitución y específicamente los princi-

pios fundamentales de las Constituciones democráticas, entre ellos, el principio democrático, el principio político de soberanía popular, los derechos fundamentales, el principio de división de poderes y el principio de supremacía constitucional.

Ahora bien, a los fines de garantizar que una reforma constitucional no exceda los límites implícitos o explícitos que debe respetar y con ello garantizar el principio de supremacía constitucional que debe prevalecer ante todo en un Estado constitucional democrático, la doctrina ha señalado que existen dos mecanismos de control del poder de reforma constitucional.

Un primer mecanismo, llamado usualmente de control político, que en la mayoría de los países es el referendo constitucional, en el cual el pueblo no actúa en ejercicio del poder constituyente originario, sino como un cuerpo electoral que ejerce un control político sobre la reforma constitucional.

Pero además existe otro mecanismo de control del poder de reforma constitucional, que se ha reconocido abiertamente en Derecho Comparado, el cual está representado por la Jurisdicción Constitucional, que es el control jurídico que existe sobre el poder de reforma constitucional para garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución. Este mecanismo es ejercido en Derecho Comparado por los tribunales, cortes o salas constitucionales, según el caso.

Ahora bien, siendo que mediante los mecanismos de control político como el referendo no se puede garantizar plenamente la supremacía de la Constitución, porque el pueblo podría por razones circunstanciales y de hecho aprobar una reforma constitucional a pesar de ser inconstitucional por violar los límites implícitos o explícitos de la misma, y con ello hacer nugatorio el principio de supremacía constitucional e incluso quebrantar la voluntad del poder constituyente originario del pueblo, es preciso que se admita la posibilidad de ejercer recursos y acciones contra un Proyecto de Reforma Constitucional que no habiendo sido aprobado por el pueblo mediante referendo, haya sido sancionado como tal por la Asamblea Nacional.

A fin de evitar que sea sometido a referendo un proyecto de reforma constitucional que haya sobrepasado los límites del procedimiento de reforma, la Sala Constitucional debe hacer uso de sus facultades de control de la constitucionalidad antes de la celebración del respectivo referendo, a instancia de los legitimados activos, no porque un referendo eventualmente aprobatorio haga imposible el control de constitucionalidad, sino porque la Sala Constitucional está facultada para impedir que se someta a referendo una propuesta de reforma sancionada por la Asamblea Nacional contraria a la Constitución.

En otras palabras, a los fines de garantizar la supremacía constitucional, se debe reconocer la competencia de la Jurisdicción Constitucional para controlar la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional que hayan sido sancionados por la Asamblea Nacional, antes de ser sometidos a referendo. Ello no

impide, claro está, que en el caso de que ese control no sea ejercido de manera previa, no se pueda luego impugnar una reforma constitucional aprobada por el pueblo mediante referendo, pero que viole los límites implícitos o explícitos de la reforma constitucional, puesto que, como bien se ha dicho suficientemente en la doctrina constitucional, el referendo aprobatorio no legitima o convalida una reforma constitucional inconstitucional o que sea violatoria de los límites implícitos o explícitos de la reforma.

En el caso venezolano lo anterior encuentra pleno fundamento en los artículos 7, 334 in fine, 336 numeral 4 y 335 de la Constitución, en concordancia con el artículo 5 numeral 9 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de los cuales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y tiene la competencia para ejercer el control de la constitucionalidad de los actos dictados por el Poder Público en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como lo es el acto por el cual la Asamblea Nacional aprueba o sanciona un proyecto de reforma constitucional.

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales sancionadas o incluso de las ya aprobadas mediante referendo tiene además fundamento en principios que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, especialmente en el principio de la universalidad del control constitucional (véase, entre otras sentencias, la decisión No. 33/2001, dictada por esa Sala Constitucional en el caso Baker Hughes). Sin entrar en detalles o matizaciones sobre el alcance de tal principio, es evidente que la universalidad del control de la constitucionalidad sobre los actos del poder público comprende el control jurisdiccional sobre las reformas constitucionales, el cual en este caso no podría ser ejercido por Sala del Tribunal Supremo de Justicia distinta a la Sala Constitucional.

La sanción parlamentaria del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República, que tuvo lugar el 2 de noviembre de 2007, fue un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pues se originó en una facultad que el artículo 343 de la Constitución confirió a la Asamblea Nacional, sin que exista ni sea posible la interposición de norma legal alguna entre la norma constitucional atributiva de competencia y la sanción del Proyecto. Por ello debe sostenerse que, independientemente de su naturaleza y contexto, representaba un acto dictado por el Parlamento en ejecución directa e inmediata de la Constitución que podía ser objeto de una acción o recurso ante la Sala Constitucional antes de ser sometido el Proyecto a referendo.

En todo caso, sobre este punto baste destacar una cita realizada por los votos salvados del Magistrado Pedro Rondón Haaz, extraída de la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana de 1999. Dicha referencia señala que: “*En lo*

que atañe a las competencias de la Sala Constitucional, el fundamento de aquellas que le atribuye la Constitución y de las que se le asignarán mediante ley está representado por los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución consagrados en el artículo 7 y en virtud de los cuales. Todo acto del Poder Público, sin excepción, debe estar sometido al control constitucional. Por tal razón, a la Sala Constitucional se le atribuye competencia para controlar la constitucionalidad de todos los actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley. En todo caso, la ley orgánica respectiva garantizará que ningún órgano del Poder Público quede fuera del control constitucional...” (citada por la sentencia 2204/2007 de fecha 27 de diciembre de 2007).

REFLEXIONES FINALES

La Constitución no está libre de peligros aún en los tiempos modernos en los que el Derecho Constitucional se ha fortalecido con respecto al pasado siglo. De allí que exista todo un sistema para la protección de la Constitución que tiene como finalidad la garantía y defensa de la misma. Esta defensa de la Constitución se hace indispensable e inherente a todo Estado constitucional, porque será la única que permitirá garantizar la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales.

Para cumplir con lo anterior el moderno derecho constitucional ha invertido los dos últimos siglos en reforzar los mecanismos de protección de la Constitución y de allí es que nace el principio de supremacía constitucional el cual se consolidó como principio fundamental de un Estado constitucional. Igualmente nace, para garantizar la efectividad y cumplimiento del principio de supremacía constitucional, la justicia constitucional y tuvo mayor auge y desarrollo la creación de los tribunales, cortes y salas constitucionales que ya son un común denominador de los Estados democráticos.

La misión de los tribunales, cortes y salas constitucionales es proteger la Constitución de todo tipo de acto de los poderes públicos que amenacen con destruirla. Por ello, como complemento de la teoría de los límites materiales de la reforma constitucional se deben garantizar controles efectivos para evitar un fraude constitucional.

La secuencia lógica de las cosas es que los tribunales, salas y cortes constitucionales, que tienen esa misión (y que se supone están especializados para dictar las decisiones para el mejor ejercicio de sus competencias), es que ellos impidan que se verifique o consume un fraude constitucional que, sin mayores cortapisas, en la gran mayoría de los casos que observamos en Derecho Comparado, tiene

por objeto legitimar un golpe de Estado. Si los tribunales, salas y cortes constitucionales no ejercen ese control y claudican frente al poder sin controlarlo, muy pocas son las garantías que tendrá el Estado constitucional de que el pueblo por referendo y esos propios tribunales y cortes constitucionales puedan después dar marcha atrás a las consecuencias políticas de la aprobación por referendo de un Proyecto de Reforma Constitucional.

Estamos claros que la aprobación del pueblo mediante referendo no representa la legitimación de un proyecto de reforma de la Constitución que haya sido dictado en contra de los límites formales o materiales de la reforma, ello porque el pueblo en ese acto refrendario no actúa como poder constituyente sino como cuerpo electoral que ejerce un control político de la reforma.

A pesar de lo anterior, siguiendo a Pedro de Vega, existen sin lugar a dudas dos mecanismos de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Por una parte un control jurídico de la constitucionalidad de la reforma el cual debe ser ejercido por los tribunales, cortes y salas constitucionales. Por otra parte, existe el control político que ejerce el pueblo mediante referendo actuando como cuerpo electoral para expresar su decisión sobre el proyecto de reforma.

Generalmente los pueblos ceden ante los líderes carismáticos y populistas y esa compleja relación (Pueblo – Presidente) puede dar lugar a que el pueblo entienda que puede depositar un voto de confianza en el Presidente y en la reforma que él ha propuesto, sin darse cuenta que está renunciado a los bienes inmateriales más preciados del hombre, la libertad, la democracia, los derechos fundamentales. Ante este tipo de situaciones, reiteramos, son los tribunales, cortes y salas constitucionales los que deben evitar que esto suceda.

Con todo, el problema está en lo que pasará si estos controles jurídicos que debían ejercer los tribunales, cortes y salas constitucionales no se ejercen como sucedió en el año 2007 en caso de Venezuela. Toda la responsabilidad por el mantenimiento del Estado democrático quedará casi en último término en manos del pueblo y de la decisión que tome aprobando o no la reforma constitucional en un referendo.

En Venezuela el año pasado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia evadió totalmente pronunciarse sobre el fondo de la reforma constitucional aunque para despejar dudas a favor del Presidente de la República, señaló que a todo evento no se violaba principio fundamental alguno de la Constitución si se eliminaban los límites que existen en la Constitución venezolana para que un Presidente que tiene 6 años para ejercer su cargo, sólo pueda ser reelecto sólo por seis años más. En opinión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a pesar de que Venezuela es un país Presidencialista con antecedentes de

largas dictaduras y caudillismos hegemónicos, no existe problema alguno por la eliminación de esos límites. Por lo demás la Sala sostuvo reiteradamente que no era el momento para pronunciarse sobre la reforma y que, en todo caso, en su oportunidad, luego de aprobada por referendo, esa instancia judicial podría conocer y decidir acciones que se intenten en contra de la reforma.

En el año 2007 en Venezuela el órgano jurisdiccional encargado de defender la Constitución renunció a ello, claudicó y con ello menospreció los principios que está encargada de proteger. Sin embargo, el pueblo tuvo la sabiduría de expresar y decidir lo que los estudiados magistrados no pudieron ver o no se atrevieron a ver. Así las cosas el pueblo rechazó en una apretada votación el Proyecto de Reforma Constitucional sometido a referendo en diciembre de 2007. El pueblo terminó ejerciendo su poder de control político como cuerpo electoral para suplir las deficiencias de las instituciones. La pregunta que nos hacemos, ante las constantes amenazas del Presidente de la República de proponer una enmienda constitucional en el año 2010 para poder ser reelecto en el cargo: ¿Volverá la Sala Constitucional a claudicar en el ejercicio de las funciones que tiene asignada constitucionalmente? ¿Qué pasará si el pueblo no puede controlar políticamente la reforma y ésta es aprobada por referendo? Será allí donde nuevamente veremos a nuestro sistema de justicia constitucional en la encrucijada.

EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA: ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS

*En gozoso homenaje al Maestro y Amigo
el Prof. Dr. Diego Valadés.*

**RICARDO HARO (*)
(Argentina)**

SUMARIO: I. Aproximación doctrinaria sobre la distinción entre Constitución formal y material. 1. Primeros aportes de la doctrina constitucional. 2. Constitución y régimen político. 3. Conceptos de Constitución formal y material. **II.** El poder constituyente formal y material. 1. Reseña del pensamiento de Sieyès sobre el poder constituyente. 2. El ámbito constitucional que exige la actuación del poder constituyente. 3. Caracterización y funciones del poder constituyente formal y del material. 4. Derecho Constitucional formal y material. 5. La conciencia constitucional y los jueces de los tribunales constitucionales. **III.** Algunos casos paradigmáticos en los que la Corte Suprema ejerció el poder constituyente material: 1. Acción de amparo. 2. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. 3. Control de Oficio de Constitucionalidad. 4. Intervención Federal. 5. Autonomía Municipal. 6. Supremacía de Tratados Internacionales. 7. Jurisdicción Internacional. 8. Establecimientos de Utilidad Pública Nacional. 9. Cuestiones Políticas.

(*) Profesor Emérito Universidad Nacional de Córdoba. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

I. APROXIMACIÓN DOCTRINARIA A LA DISTINCIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN FORMAL Y MATERIAL

1. Primeros aportes de la doctrina Constitucional

1. Siempre hemos pensado que responde a la realidad formal y sustancial y que tiene capital importancia, la distinción entre *Constitución material y formal*, para lo cual bueno es recordar que ya desde los griegos nos iluminan con sus aseveraciones filosóficas-políticas, v.g. a través de la expresión de Aristóteles cuando afirmaba que: “La Constitución política o gobierno es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la polis”, el “modo de ser” de la ciudad⁽¹⁾.

Por su parte Lasalle –entre tantos otros autores– nos aporta interesantes reflexiones en el tema cuando se preguntaba a fines del siglo XIX ¿Qué es una Constitución? ¿En qué consiste la verdadera esencia de una Constitución? Rechaza las respuestas relativas a las definiciones jurídico-formales, pues se limitan a describir exteriormente cómo se forman las constituciones y que hacen, pero –afirma– no nos dicen lo que una Constitución es, dónde está el *concepto* de toda Constitución y la verdadera *esencia* constitucional.

Luego de diversas disquisiciones, Lasalle señala que la esencia de la verdadera Constitución de un país sólo reside y es la suma de los factores reales y efectivos de poder que rigen en ese país, es decir, la *Constitución real y efectiva*. Y la *Constitución escrita* a la que denomina “*la hoja de papel*”, no tiene valor ni es duradera más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder⁽²⁾.

Más contemporáneamente, el recordado catedrático español Sánchez Agesta nos señala que la constitución puede definirse desde dos puntos de vista. Bien por su objeto o materia, y entonces se habla de constitución material; o bien por las formas y efectos jurídicos especiales de que la reviste la técnica jurídica, y entonces estaremos ante la constitución formal⁽³⁾.

La doctrina de la Constitución en sentido material, reseñando el pensamiento

(1) Aristóteles, *La Política*, traducción de Nicolás Estévez, Editorial Garnier Hermanos, París, Libro III, cap. I, pág. 96.

(2) Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1975, págs. 36/42 y 62/70.

(3) Sánchez Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política*, Editora Nacional, Madrid, 1972, págs. 310/11.

de Giuseppe de Vergottini, interviene para justificar las relaciones entre el enfoque formal y el sustancial de la Constitución. En su formulación más persuasiva pone el acento sobre el papel que cumplen las fuerzas políticas en la fijación de los principios organizativos y funcionales esenciales para la vida de un ordenamiento. La Constitución material indica que el principio normativo originador y justificador de la Constitución por excelencia, consiste en la *fuerza normativa de la voluntad política*, con aplicación realista del principio de efectividad, siendo capaz de presentarse como la fuente real de validez del sistema y de garantizar su unidad mediante la interpretación estimativa de las normas existentes y de colmar sus lagunas^(3bis).

2. Estas agudas reflexiones –entre otras que se han vertido en la doctrina– nos llevan a considerar que esta distinción entre *constitución formal y material* tiene plena vigencia más allá de la especulación intelectual, no obstante que observamos que existiendo un trasfondo común en su conceptualización, existen diversos matices que debe tenerse muy presente a fin de lograr una cierta rotundidad en el tópico.

En este sentido, Bidart Campos entiende por *constitución formal* aquella que es escrita o codificada en un cuerpo único sistematizado, caracterizada por ser una ley suprema y escrita, y que es producto de un poder constituyente que formalmente la elabora. De estos requisitos deduce que la constitución formal pone el acento fundamentalmente en el aspecto *normativo*. Por otra parte sostiene que la *constitución material o real* remite a su dimensión sociológica, que se manifiesta en su vigencia, eficacia, actualidad y positividad. Este concepto de constitución que equivale al de *régimen político*, consiste en un *orden real de conductas de reparto* de contenido constitucional, que por su *ejemplaridad* engendra seguimiento y, por lo tanto, vigencia sociológica. Los repartos son contenido en normas generales que pueden estar formuladas expresamente o no, y en este último caso, el autor aceptaría hablar de un derecho consuetudinario⁽⁴⁾.

2. Constitución y régimen político

3. Por un lado, una observación de la realidad política a la luz de diversos conceptos doctrinarios, nos muestran que en el diario y real desenvolvimiento de las instituciones políticas de un Estado, no necesariamente el texto escrito de la

^(3bis) De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid 1983, págs. 142/43. Asimismo en *Diritto Costituzionale Comparato*, Editorial Cedam, Padova, 1993, págs. 142/43.

⁽⁴⁾ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino – El Derecho Constitucional de la Libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1993, págs. 85/7.

constitución formal logra encarnadura adecuada en la verdad del régimen político como “la solución que se da de hecho a los problemas políticos de un pueblo”,⁽⁵⁾ dando así aceptación a la convicción de que junto a aquella, existe una *constitución material*.

Veamos un solo y contundente ejemplo en nuestra realidad constitucional argentina: El federalismo que configuró tan acertadamente el texto de nuestra Constitución Argentina 1853/60, se ha quedado en notable medida en la pura formalidad de un mero federalismo normativo, toda vez que las relaciones Nación-Provincias se ven gravemente distorsionadas y prostituidas en la realidad de un “centralismo” agobiante del gobierno nacional, principalmente por la falta de una justa distribución de los recursos tributarios entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de Provincias, y la negligente omisión del Congreso de la Nación de no haber sancionado la añorada Ley de Coparticipación Federal pormenorizadamente incorporada al texto constitucional en la Reforma de 1994. En conclusión: *constitución formal* federalista y coparticipable, y *constitución material* centralista y con una redistribución mezquina e insuficiente de los recursos tributarios.

Ahora bien, además de estas distinciones entre *constitución formal* y *material*, ya sea por falta de concordancia entre el deber ser y el ser institucional (Lasalle), o en el caso de Bidart Campos por la complementariedad normológica que *la material le presta a la formal*, nosotros entendemos que debe realizarse tal distinción también desde otra perspectiva que procure analizar si la totalidad regulada jurídicamente de la materia constitucional está solamente en el texto escrito de la Constitución, en “la hoja de papel”, o, si por el contrario, gran parte de esa regulación la encontramos fuera del texto de la Ley Fundamental, como productos del actuar de diversos ámbitos “infraconstitucionales” que se constituyen así en fuentes del derecho constitucional.

3. Conceptos de Constitución formal y material

4. Por lo tanto y desde la perspectiva señalada, por nuestra parte estamos persuadidos que podemos sostener que la *constitución formal*, es básicamente el texto escrito, codificado o no, que posee la supremacía que otorga validez a todo el resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional. Es lo que Fernando de Lasalle se identificaba con «la hoja de papel». En nuestro caso, es la Constitución Nacional con sus 129 artículos, más allá de los Tratados de DD.HH. que tienen jerarquía constitucional, pero que no están incorporados al texto constitucional. Están “al lado” de la CN y no “dentro” de ella.

⁽⁵⁾ Jiménez de Parga, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 63.

Por el contrario, la *constitución material* en nuestra opinión, puede referirse a todo un amplio conjunto de normas legales, de jurisprudencia constitucional y de comportamientos institucionales, que están referidos sustancialmente a *materia constitucional*, es decir, que incursionan en tópicos que hacen a los derechos, deberes y garantías constitucionales y la organización y funcionamiento fundamental del Estado, y que sin afectar la supremacía constitucional, adquieren vigencia en la verdad real del funcionamiento del régimen constitucional.

5. En tren de clarificar la cuestión, podemos señalar como formando parte de la *constitución material*, tanto las normas emanadas del Poder Legislativo, o del propio Poder Ejecutivo (en ejercicio de facultades legislativas delegadas), siempre que se refieran a materia constitucional (ley capital federal, consejo magistratura, etc, etc), como asimismo la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las conductas o comportamientos institucionales de hecho, pero reiteramos, *siempre que cualquiera de estas manifestaciones se refieran a la sustancia o materia constitucional, tanto a las competencias supremas del Estado como a los derechos y garantías constitucionales.*

II. EL PODER CONSTITUYENTE FORMAL Y MATERIAL

1. Reseña del pensamiento de Sieyès sobre el poder constituyente

6. Entre todos los supuestos o elementos del Estado (territorio, población, poder político y organización jurídica), nos interesa preferentemente el referido al *poder político*, que en el decir de Maurice Hauriou “*es una 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*”⁽⁶⁾.

Es ese *poder político*, como energía que motoriza y conjuga todos los demás supuestos en la unidad estatal, el que nos revela su manifestación más superlativa e insoslayable del Estado, en el *poder constituyente o fundacional*, como *potestad suprema que tiene una comunidad para dictarse o reformarse las normas fundamentales de su organización jurídico-política a través de la sanción originaria o la reforma de una Constitución*, ya sea mediante el *poder constituyente originario o fundacional* y el *poder constituyente derivado o reformador*.

7. La doctrina del poder constituyente, tuvo como su autor más relevante al abate Emmanuel Sieyès uno de los pensadores más lúcidos y admirados de la Revolución Francesa de 1789, doctrina que expuso en su libro «¿Qué es el Tercer

⁽⁶⁾ Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 2da. edición, pág. 162.

Estado?»), denominación que refiere a la *burguesía* a la que identifica con la Nación (el pueblo) frente al Estado y a las clases o estados privilegiados como la *nobleza* y el *clero*. Es por ello que sus tres interrogantes cardinales son: ¿Qué es el Tercer estado? *Todo*; ¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? *Nada*; ¿Qué pide? *Llegar a ser algo*⁽⁷⁾.

Sus ideas básicas de ineludible conocimiento en el tópico, tienen un riguroso, profundo y diáfano tratamiento. Tratemos de reseñarlas usando sus propias expresiones en distintas partes de la mencionada obra:

- 1) Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes propias para hacerle cumplir las funciones a que se lo ha querido destinar. Esto es lo que se llama *constitución* de ese cuerpo.
- 2) La Nación existe ante todo, es el origen de todo, es el origen de toda legalidad. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. La Nación es siempre dueña de reformar su Constitución. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el *derecho natural*, porque la Nación se forma por el sólo *derecho natural*, mientras que el gobierno sólo puede pertenecer al *derecho positivo*.
- 3) Entre las leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primer término las leyes *constitucionales*,... estas leyes llamadas *fundamentales*, no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellos no pueden tocarlas. Cada parte de la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente.
- 4) Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación... las *leyes constitucionales son fundamentales*,..... y las *leyes propiamente dicha*, que protegen a los ciudadanos y deciden del interés común, son obra del cuerpo legislativo formado y moviéndose según sus condiciones constitutivas.

2. El ámbito constitucional que exige la actuación del poder constituyente

8. Para una mejor comprensión del tema que comenzamos a abordar, consideramos indispensable realizar consideraciones sobre el tópico referido al *poder constituyente*, que si bien es conocido por quienes profesamos el Derecho Constitucional, siempre permite en la amplitud de su contenido conceptual, alguna

(7) Sieyès, *¿Qué es el tercer estado?*, Editorial Americalee, Buenos Aires, 1943, pág. 21.

indagación y reflexión sobre determinados aspectos que, o están discutidos o no han adquirido suficiente claridad.

A los fines de cumplir con el objetivo que nos propusimos con este trabajo, estimamos de capital importancia exponer nuestras reflexiones específicamente sobre la distinción o distinciones que implica la noción sobre el *poder constituyente formal* y el *poder constituyente material*.

Para ello, aunque sabido creemos imprescindible recordar brevísimamente que cuando se organiza por primera vez el Estado mediante la sanción de su Constitución, estamos hablando del *poder constituyente originario o fundacional*, porque precisamente es aquél que le otorga la primigenia configuración jurídica a esta nueva entidad política llamada Estado; es el que lo constituye; es el que lo funda.

Pero las sociedades como los hombres que la integran, van asumiendo procesos de cambio en sus costumbres y cultura, realidad que torna indispensable que las Constituciones formulen sus pertinentes adaptaciones, las que deben lograrse con prudencia política mediante el ejercicio del *poder constituyente derivado, constituido o reformador*; lógicamente en el marco que le fijó el *poder constituyente originario*.

9. Entrando a la consideración que nos hemos propuesto, trataremos de precisar nuestra perspectiva diferencial entre los conceptos de *poder constituyente formal* y *material*. Y más precisamente sobre este último.

Para ello, estimamos que es de capital importancia tomar conciencia que siempre que hablemos del poder constituyente, debemos referirnos a la acción del poder político en aspectos que pertenecen a la *materia o sustancia constitucional*, porque ellas configuran la *causa material* del poder constituyente, y están referidas a ese amplio conjunto de cuestiones o temas que hacen a la organización fundamental del Estado, o a las competencias supremas del mismo (García Pelayo). Es decir, aquellas cuestiones que, por una parte, se refieren a los principios supremos en el *diseño de la sociedad*, ya sea en los fines, valores, derechos, deberes y garantías que rigen a las personas y grupos que la integran; y por otra parte, están referidas al *diseño del poder* con los órganos que lo asumen, los ámbitos de ejercicio y sus competencias o atribuciones.

Podemos afirmar que la *fundamentabilidad* es esencial a la *materia constitucional*, a diferencia de la problemática cotidiana, común o habitual de la convivencia que, dentro del marco constitucional, queda ya asignada a la regulación normativa ordinaria de los poderes constituidos, cualquiera sea la forma en que se manifieste (leyes, tratados, reglamentos, sentencias, decretos, resoluciones, ordenanzas, edictos, etc.)

3. Caracterización y funciones del poder constituyente formal y del material

10. A la luz de esta reflexión podemos afirmar que *poder constituyente formal* es aquel que se ejerce según los procedimientos establecidos para la sanción de normas constitucionales, ya sea que nos refiramos a los procedimientos que se fueron forjando en el proceso constituyente fundacional (v.g. Acuerdo de San Nicolás de 1852), como los que se establecieron al sancionarse por primera vez la constitución por el *poder constituyente originario* (1853/60), el cual necesariamente debió establecer los requisitos y mecanismos para un legítimo ejercicio del *poder constituyente derivado* o reformador.

11. Por el contrario, *poder constituyente material*, es aquel que produce pautas, criterios y normas que alcanzan ejemplaridad sobre cuestiones fundamentales del Estado, es decir en *materia constitucional*, y que normalmente surgen del funcionamiento de los propios poderes constituidos, tanto del *órgano legislativo* (leyes de contenido constitucional), del *órgano judicial* (la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema); o del *órgano ejecutivo* (ciertos comportamientos institucionales).

El *poder constituyente material* viene así a desarrollar y a completar contenidos del texto constitucional prescriptos por el *poder constituyente formal*, y en el marco de la plena vigencia de la supremacía constitucional, para lo cual, interpreta y aplica la Constitución, procurando desentrañar *su vertebración axio-teleológica*, es decir, indagando cuáles son los superlativos valores y fines constitucionales que se encuentra sustancialmente encapsulados tanto en los textos de los preámbulos, como en los de las normas de la Ley Fundamental.

En tales circunstancias, asumiendo indudablemente el ejercicio de un *poder constituyente material*, la Corte Suprema –como los Tribunales Constitucionales– lo ejercen procurando el acrecentamiento de los ámbitos del sistema jurídico constitucional, mediante el desarrollo jurisprudencial de los contenidos normativos, ya sea ampliando o modificando las dimensiones de sus vigencias, como erigiendo nuevos institutos sustantivos y procesales que surjan implícitamente de su texto.

12. En este sentido y para el sistema argentino, Bidart Campos señala que la interpretación judicial que la Corte hace de la Constitución, integra el derecho federal con el mismo rango que la Constitución⁽⁸⁾.

De allí la célebre frase tan significativa y que siempre recordamos, pronun-

⁽⁸⁾ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino - El Derecho Constitucional del Poder*; Ediar, Buenos Aires, t. II, pág. 475.

ciada por el Presidente del Tribunal James Wilson (1789-1798) cuando decía que “la Corte Suprema de los Estados Unidos, es un Convención Constituyente en permanente sesión”.

Por su parte, Sagüés señala que los pronunciamientos más definitivos son los de la Corte Suprema, sentencia que aunque en principio sólo se aplican al caso concreto, son habitualmente seguida por los tribunales inferiores, ya por la doctrina del *stare decisis* (valor del precedente), ya por la doctrina del “valor moral” o del “valor institucional” de los fallos de una Corte Suprema. Tanto una corte suprema (en un régimen difuso) o de una corte o tribunal constitucional (en uno concentrado) se caracterizan por ejercer y ser un poder político y ser el intérprete final de la Constitución, determinando su sentido, lo que implica elegir entre las opciones que brinda la Constitución; balancean los valores constitucionales; cubren sus lagunas mediante la *integración*; actúan como árbitros del proceso político, dirimiendo los conflictos entre los poderes del Estado. Sumando esos atributos, es evidente que el derecho judicial es fuente de *conocimiento* y de *producción* de normas, razón por la cual no se limita a *aplicar* un derecho constitucional preexistente, sino que también *crea* derecho constitucional nuevo⁽⁹⁾.

4. Derecho Constitucional formal y material

13. Como una conclusión lógica de las consideraciones que hemos venido haciendo precedentemente tanto en lo referido a la *constitución formal y la material*, como en cuanto al *poder constituyente formal y el material* que las formulan respectivamente, es razonable llegar a la denominación de esta rama del derecho ya sea como *derecho constitucional formal o material*, ya sea que el primero tenga como objeto del conocimiento el análisis del texto de la Constitución, de la “hoja de papel”o, por el contrario, todo ese amplio conjunto de leyes, doctrina judicial, actos ejecutivos, comportamientos institucionales.

En este sentido viene muy al caso recordar las reflexiones de dos grandes juristas. Por una parte, Maurice Duverger cuando afirma que “el derecho constitucional es cada vez menos el derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en el texto de la Constitución”...”Incluso en los países en que la Constitución escrita contiene lo esencial de las reglas relativas a la estructura del Estado y organización del gobierno, muchas de tales reglas no están establecidas por ella: se encuentran en las leyes ordinarias, en los reglamentos, en las resoluciones de las asambleas, así como también en los usos y costumbres (y nosotros agregamos, en la jurisprudencia

⁽⁹⁾ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 1, págs. 140/41.

constitucional). En cada caso, la noción de derecho constitucional desborda ampliamente la de Constitución”⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, César Enrique Romero, lúcido y agudo constitucionalista argentino que fuera profesor de nuestra Universidad Nacional de Córdoba, declara que el Derecho Constitucional (DC) “estudia el conjunto de instituciones fundamentales de una comunidad, estén en la Constitución o fuera de ella, es decir, el DC de la Constitución y el DC de las instituciones fundamentales del Estado”⁽¹¹⁾.

5. La conciencia constitucional y los jueces de los tribunales constitucionales

14. Esto nos lleva a reiterar aquí y con igual convicción, lo que afirmamos en anterior oportunidad⁽¹²⁾ en el sentido de que para que este ejercicio del *poder constituyente material* sea posible y valioso constitucionalmente, pensamos que los jueces de la Corte Suprema (y los de los Tribunales Constitucionales) no deben ser solamente hombres probos e instruidos en derecho, cualidades indispensables en todo magistrado. Algo más se necesita. “Sensibilidad política” le llama Louis Favoreu.

Por nuestra parte, estamos convencidos que además de ser eminentes o reconocidos juristas, se requiere igualmente una seria formación jurídica y una viva *conciencia constitucional*. Deben ser hombres que posean una aguda y lúcida visión de *estadistas*. Si son titulares de un poder del Estado, necesariamente deben ser *hombres de Estado* que sepan discernir los signos de los tiempos, con un talento y clarividencia política tal, que los constituya en verdaderos magistrados constitucionales, concientes que al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y actos estatales, están generando graves decisiones políticas que los constituye desde su perspectiva jurisdiccional, también en gerentes y garantes del bien común.

Tan cierto es esto, que es lamentable que en determinados pero trascendentales casos, la actual Corte Suprema haya dictado pronunciamientos realmente inconstitucionales, fundándose en falsas, oportunas o erróneas interpretaciones de los derechos y garantías del debido proceso. Estos pronunciamientos han afectado gravemente no sólo un correcto ejercicio del control de constitucionalidad,

(10) Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Caracas-Barcelona, 1962, págs. 4/5.

(11) Romero, César Enrique, *Introducción al Derecho Constitucional*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1973, pág. 46.

(12) Haro, Ricardo, *El Control de Constitucionalidad*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2003, pág. 257/258).

sino además, elementales valores y fines constitucionales que nutren la seguridad jurídica esencial a un Estado de Derecho.

Formulada esta aclaración que no podíamos silenciar, pasemos ahora a exponer resumidamente algunos de los más destacados pronunciamientos de la CS que en ejercicio de este *poder constituyente material*, se han erigido en verdaderos *leading case* que han enriquecido nuestra conciencia constitucional y algunos han sido posteriormente incorporados al propio texto de la constitución formal en la Reforma de 1994.

III. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS EN LOS QUE LA CORTE SUPREMA EJERCIÓ EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL

1. Acción de amparo

15. Desde nuestra organización constitucional en 1853/60, en el ordenamiento jurídico argentino sólo existía el *Habeas Corpus* como instituto procesal expeditivo y ágil sólo para la protección de la libertad física o ambulatoria ante arrestos o detenciones sin los requisitos constitucionales de la orden escrita de autoridad competente (art. 18 CN). Pero lamentablemente, para las violaciones manifiestamente ilegítimas o arbitrarias que se produjesen contra los demás derechos y libertades constitucionales (asociación, prensa, culto, enseñar y aprender, comerciar, et), el orden jurídico carecía de las garantías procesales que restableciese la vigencia del derecho constitucional conculcado.

Es recién en los años 1957 y 1958, que la CS dicto dos memorables pronunciamientos en sendas causas, en los que ejerciendo el *poder constituyente material* admitió con base constitucional, la trascendental *acción de amparo* en el ordenamiento jurídico argentino.

16. *a) Caso "Siri"*: Primeramente lo hizo en la sentencia del 27 de diciembre de 1957, en el caso "*Angel Siri*" que se registra en Fallos, 239:461. El actor era propietario de un diario en la ciudad de Mercedes (Pcia. de Bs. Aires), que fue clausurado con custodia policial sin orden de autoridad competente, por lo que decidió plantear la acción de *hábeas corpus*, pero fundamentándola en la privación de ejercer los derechos constitucionales de trabajar, imprenta y propiedad (art. 14, 17 y 18 CN). Tanto en primera como en segunda instancia, se le rechaza la acción por no estar en juego su libertad física y no existir en el ordenamiento jurídico procesal ninguna acción específica que pudiera habilitar la actuación judicial. Llegados los autos a la CS, el Tribunal expresó reseñadamente lo siguiente, siendo de mi autoría las frases que deseo resaltar en letra cursiva:

Que en autos no existía constancia cierta de cuál fue la autoridad y los motivos que produjeron la clausura del diario, por lo cual es manifiesto que el derecho que invoca el solicitante de publicar y administrar el diario *debe ser mantenido.*"

El compareciente ha invocado la garantía de la *libertad de imprenta y de trabajo, propiedad* que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la CN, y que según las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida *sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa* que justifique dicha restricción.

Que basta esta comprobación inmediata –continúa la Corte– para que la garantía constitucional invocada *sea restablecida por los jueces en su integridad*, sin que pueda alegarse en contrario *la inexistencia de una ley que la reglamente*; las garantías individuales existen y protegen a los individuos *por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*.

Que esta CS en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el carácter y jerarquía de los derechos constitucionales, *se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada* por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el *habeas corpus*. Los preceptos constitucionales reclaman de consuno el *goce y el ejercicio pleno de las garantías individuales* para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas. En consecuencia, la CS revocó la sentencia apelada y ordenó que debía cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director-propietario del diario clausurado.

Había así nacido en esta memorable sentencia, nada menos que la garantía constitucional de la acción de amparo en virtud del *poder constituyente material* que la CS ejerció ante el silencio constitucional y legal.

17. **b) Caso “Kot”:** La firma Samuel Kot – S.R.L. propietaria de un establecimiento textil, debió enfrentar un conflicto gremial con sus trabajadores, quienes decidieron tomar y ocupar la fábrica, que quedó totalmente paralizada.

El actor no tuvo éxito en los tribunales con la *acción de usurpación* y planteó un recurso de amparo en segunda instancia a fin de obtener la desocupación del inmueble, invocando la doctrina del caso “Siri” y las garantías constitucionales a la libertad de trabajo (art. 14); a la propiedad (art. 17); a la libre actividad (art. 19). La Cámara rechazó el recurso con el reiterado argumento de que el *habeas corpus*, sólo protegía la libertad física y no podía hacerse extensivo a otros derechos.

Llegada la causa a la CS, (Fallos, 241:296) la cuestión cardinal que abordó fue si la acción de amparo procedía solamente contra las violaciones ilegítimas de los derechos constitucionales por actos de autoridad pública, *o también frente a actos violatorios por parte de particulares*, cuestión a la que respondió afirmativamente ampliando de este modo los orígenes de la agresión, pues en su entender tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional, ya que admitido que existe el amparo como garantía tácita o implícita que protege los

diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 CN) ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas⁽¹³⁾.

Coincidimos plenamente con el razonamiento de la mayoría, pues nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la CN, que permita afirmar que la protección de los derechos esenciales del hombre que integran la libertad, *lato sensu*, frente a ataques ilegítimos, graves y manifiestos, esté circunscripta a los que provengan sólo de la autoridad, y por lo tanto, que carezca de la protección constitucional adecuada como el habeas corpus y el amparo, por la sola circunstancia que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la CN de modo que aparezca ella amparando, realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiesta de esos derechos.

Surge con claridad el ejercicio del *poder constituyente material* a poco que reparemos que la CS señala que este avance de los principios constitucionales es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deberán consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución, entre los que está el de “asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino (Preámbulo)”.

18. Logrando una lúcida síntesis medular sobre la acción de amparo establece los presupuestos que se requieren comprobar para su procedencia, presupuestos que posteriormente reiteraron tanto la ley reglamentaria N° 16.986 de 1966, como la actual recepción constitucional en el art. 43 CN de 1994.

Siempre que aparezca en consecuencia, de *modo claro y manifiesto*, la *ilegitimidad de una restricción* cualquiera a algunos de los derechos esenciales de las personas así como el *daño grave e irreparable* que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, *corresponderá que los jueces establezcan de inmediato el der echo restringido por la rápida vía del recurso de amparo.*

En tal sentido señala que “de otro modo habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación.”

(13) El art. 33 CN dispone: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

De las circunstancias de esta causa, surge de modo manifiesto e indudable la *ilegitimidad de la prolongada ocupación* de la fábrica, como el *agravio serio e irreparable* de su paralización para sus propietarios y para los intereses generales, razones por las que la CS declaró procedente el recurso de amparo deducido, atento los derechos de propiedad y libertad de trabajo invocados por el recurrente, ordenando se proceda de inmediato a entregar libre de todo ocupante a la firma actora, el establecimiento textil ocupado.

19. *c) Caso “Outon”*: En 1967 y en el referido caso los actores, trabajadores marítimos, requirieron amparo judicial para que se les restablezca en el goce de los derechos de trabajar y agremiarse libremente, que estimaban violados por el decreto 280/64, reglamentario de la “Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza”, cuyo art. 16 inc. b), exige para inscribirse en la Bolsa el carnet de afiliación sindical, lo que supone –decían– la agremiación forzosa a un determinado sindicato y la negación del derecho a trabajar a quien no lo hiciera.

El Tribunal declaró (Fallos, 267:215), que si bien es cierto que no es pertinente, como principio, la declaración de inconstitucionalidad en esta clase de procedimientos como el amparo, tal principio no debe reputarse absoluto. En efecto, la existencia de disposiciones de una ley, decreto u ordenanza claramente violatorias de algunos de los derechos humanos, no puede constituir obstáculo *para que se declare su inconstitucionalidad* y 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 obtención en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado.

En conclusión, una vez más la CS ejerció el *poder constituyente material* al declarar la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de una norma estatal en el juicio de amparo, y así se adelantó en casi treinta años a la Reforma de 1994 que receptó dicha potestad jurisdiccional en el 1er. párrafo *in fine* del art. 43 CN.

2. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad

a) La reiterada negativa de su existencia

20. Sabido es que para el planteamiento de la «cuestión o caso constitucional», que hace procedente la petición de una declaración de inconstitucionalidad en un proceso, nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, desde originaria y secular posición, sólo aceptaba la llamada «*vía incidental, indirecta, como excepción o defensa*», negándose la existencia de una acción de inconstitucionalidad con identidad propia y autónoma.

Por ello, incoada la pertinente acción procesal principal, la inconstitucionalidad podía plantearse como una defensa más, junto a otras, para lograr su declaración judicial tanto a petición del actor como del accionado. En otras palabras, el planteo de inconstitucionalidad iba siempre “enancado” en la acción principal, v.g. repetición de impuestos inconstitucionales.

Por eso la CS sostuvo inveteradamente, que la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los «casos contenciosos», *excluye las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad* de las normas o actos estatales, cuyo cumplimiento no puede impedirse por medio de la promoción de *un juicio declarativo de inconstitucionalidad*, dado que con arreglo a la Ley 27 art. 2, *no existe en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad* (Fallos, 245:552; 249:221).

b) El nacimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad

21. Este posición negatoria apegada a una interpretación estrictamente formal y parcial de la CS respecto a lo que debe entenderse por «causa» o «caso contencioso», tesis que por nuestra parte siempre consideramos equivocada por los fundamentos que expusimos en anterior oportunidad⁽¹⁴⁾, felizmente fue superada por un giro rotundo de la CS a partir de 1985 en la causa “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”, (Fallos: 307-1379) cuando en una *jurisprudencia realmente constituyente*, aceptó finalmente *la acción declarativa de inconstitucionalidad* a través de la “acción declarativa de certeza” del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (CPCCN) que dispone:

“Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, a) Para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica; b) siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor; c) y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente».

El Alto Tribunal consideró idónea esta “acción declarativa de certeza” genérica, para dar curso a los casos en que en la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica, pueda requerir el control de constitucionalidad por estar en juego la posible inconstitucionalidad de un acto estatal federal, y sostuvo categóricamente con argumentos que hemos compartido en la obra cit. (ver nota 14), *que la*

(14) Haro, Ricardo, ob. cit., págs. 19/25.

acción declarativa de inconstitucionalidad no viola las exigencias del «caso contencioso», ni se expide en declaraciones directas, generales o abstractas de inconstitucionalidad y por lo tanto, en modo alguno allana el principio de la separación de los poderes, pues la mencionada acción es plenamente congruente con el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial de la Nación. Esta “acción declarativa de certeza”, en tales casos se erige como una “acción declarativa de inconstitucionalidad”, y podrá plantearse como *acción independiente* al control difuso en las pertinentes instancias del Poder Judicial de la Nación.

Con este pronunciamiento y la doctrina que se reiteró definitivamente en el futuro por los tribunales federales, la CS añadió como en el caso del amparo y en ejercicio del *poder constituyente material*, una nueva y trascendental garantía en el sistema procesal argentino, para asegurar el respeto irrestricto del principio de la supremacía constitucional.

3. Control de Oficio de Constitucionalidad

a) Negativa al control de oficio de constitucionalidad

22. Como en otros de los tópicos analizados, aquí también debemos poner de resalto que desde su instalación y por casi un siglo y medio, la CS unánimemente sostuvo que para que los tribunales ejerzan el control de constitucionalidad era indispensable que una de las partes interesadas, formule en el proceso o juicio, el pedido y el planteo expreso de la inconstitucionalidad del acto estatal impugnado.

Esta posición se apoya en los siguientes criterios reseñadamente expresados aquí: a) Porque es esencial a la organización de la justicia como «poder»; b) Porque lo exige la división y equilibrio de los poderes; c) Por cuanto la declaración de inconstitucionalidad, exige un amplio y explícito debate; d) Por la presunción de validez de los actos estatales; e) Por la necesaria existencia de un perjuicio para la parte que impugna la constitucionalidad.

Nosotros desde 1975 hemos expuesto permanentemente en trabajos y libros⁽¹⁵⁾, nuestra discrepancia con cada fundamento del criterio negatorio de la CS y, consecuentemente, con nuestra adhesión al control de oficio de inconstitucionalidad, es decir, en causa judicial pero sin petición de parte interesada.

(15) Haro Ricardo, Revista «El Derecho», del 17 de Noviembre de 1975, en Tomo: 64, pág. 641. Asimismo en nuestros libros *Constitución, Gobierno y Democracia*, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, págs. 191/216 y *Control de Constitucionalidad*, editorial Zavallia, Buenos Aires, 2003, págs.73/79

b) Progresivo proceso en la Corte a favor del control de oficio

23. A partir de la nueva integración de la CSJN en 1983, esta férrea doctrina, manifiesta sus primeros resquebrajamiento con categóricas disidencias en minoría, de los jueces Fayt y Belluscio, a favor del control de oficio de constitucionalidad, expresadas en una histórica sentencia del 24 de abril de 1984 in re «*Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario*» que se registra en Fallos, 306:303.

En este sentido, aquellos jueces expusieron rigurosos fundamentos que luego fueron consecutivamente reiterados, en lo sustancial, por los diversos jueces que paulatinamente fueron adhiriendo al control de oficio en un largo proceso de dos décadas.

En síntesis, esos fundamentos sostenían que «*es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de causa concr eta.....más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente –trasuntado en el antiguo adagio «iura curia novit»– incluye el deber de mantener la supr emacia de la Constitución (art. 31) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior,.....facultad ésta que corresponde a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía, nacionales o provinciales,.....que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes*».

En 1998 el juez Boggiano comparte los fundamentos de los jueces Fayt y Belluscio en los autos «*Banco Buenos Aires. Building Society SA*», (Fallos, 321: 993).

Tres años después, en el caso. “*Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros*” de 2001 (Fallos, 324:3219), el Tribunal rompió amarras con la férrea doctrina negatoria, pues a la tres disidencia mencionadas, se sumó una categórica adhesión del juez Vázquez, y un implícito pero indudable acompañamiento de los jueces Bossert y López.

c) La consolidación del control de constitucionalidad de oficio

24. En 2004 y con una integración distinta, la CS consolida la tesitura del control de oficio en la causa “*Banco Comercial de Finanzas S.A.*”, (Fallos, 327:3117). Los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco, se pronunciaron con base en los argumentos que sustancialmente se venían esgrimiendo desde la célebre disidencia de los jueces Fayt y Belluscio en 1984.

Esta doctrina fue ratificada por el alto Tribunal en las causas “*Lapadu*” de 2004 (Fallos, 327-5723), y “*Simón*” del 2005 (Fallos: 328-2056), para finalmente en el caso “*Gómez*” del 27 de diciembre de 2006, si bien tangencialmente pero no por ello de manera indubitable, la CS con su nueva integración y por mayoría de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, confirmó el control de oficio de constitucionalidad, con la única disidencia de la jueza Argibay, que se enroló decididamente en la antigua tesis negatoria.

Deseamos aclarar debidamente que a pesar de la admisión del control de oficio, coincidimos con la CS al mantener lo que hemos dado en llamar como un *sistema dual* en el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad: a) *Ordinariamente*, se mantiene la exigencia de la petición de parte con un sólido desarrollo argumental demostrando la inconstitucionalidad y el agravio que la norma impugnada causa en el caso concreto; b) *Excepcionalmente*, sin petición y de oficio por un tribunal, como una atribución verdaderamente excepcional que procederá, solamente en los casos en los que la inconstitucionalidad de la norma jurídica, aparezca como grave, manifiesta e indispensable para juzgar conforme a derecho.

La doctrina del control de oficio, nos muestra una vez más la actuación por la CS del *poder constituyente material*, toda vez que con él viene a establecer una nueva modalidad que asegure el principio cardinal de la supremacía constitucional y el consiguiente control de constitucionalidad.

4. Intervención Federal

25. Según el art. 6 CN, “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”.

Al estar constituido el Gobierno federal por los tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, la indeterminación concreta de cuál era el órgano u órganos con competencia para declarar la intervención a una provincia, produjo durante décadas opiniones encontradas tanto en los poderes del Estado como en la opinión de la doctrina especializada. Al Poder Judicial se lo excluía por tratarse de una “cuestión política”; por lo que el debate y el disenso se referían entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. La historia institucional nos demuestra que en esta puja generalmente primó el ejercicio de la declaración por parte del último.

Esta confusa situación fue finalmente dilucidada por la CS –si bien con escasa repercusión en los poderes políticos– cuando ejerciendo una vez más el *poder constituyente material*, fijó criterio en 1929 en el caso “*Orfila, Alejandro*” (Fallos, 154:194) afirmando que dicha atribución le correspondía al Congreso de la

Nación. Para tal conclusión, se basó en una interpretación sistemática de dos normas: a) Del art. 67 inc. 28 (hoy 75 inc.32) que dispone los poderes implícitos del Congreso al prescribir que corresponde al Congreso “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”; b). Por otro lado la expresión inicial del art. 6 CN cit. al prescribir que “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias...”. Por lo tanto, dicha facultad interventora le correspondía implícitamente al Congreso.

Asimismo argumentó no sólo que en el Senado estaban representadas las autonomías provinciales, sino además, que la intervención federal en la práctica produce el desplazamiento de autoridades provinciales constitucionalmente establecidas, es decir, de modo indirecto se afecta la voluntad del pueblo del distrito intervenido, por lo que una medida de tal trascendencia institucional parece más razonable dejarla librada a un órgano colegiado, pluralista y deliberativo que a la decisión de una sola persona (el Presidente).

Fue tan correcta y constitucional la posición de la CS, que su argumentación sirvió a los diputados constituyentes para que en la Reforma de 1994, sancionaran el art. 75 inc. 31 CN, afirmando que le correspondía al Congreso: “Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada durante su receso por el Poder Ejecutivo”, disposición que se complementa con el art. 99 inc. 20 cuando declara que le corresponde al Presidente de la Nación, “Decretar la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”.

Una vez más la CS había ejercido el *poder constituyente material* que varias décadas después adoptaría para el texto de la CN el *poder constituyente formal*.

5. Autonomía Municipal

27. En este tema de tamaño trascendencia para una acabada conformación del federalismo, debemos recordar que, salvo excepcionales y primerizos pronunciamientos (Fallos, 9:279; 5:284; 13:117), la ancestral y reiterada posición de la CS sostenía la *naturaleza autárquica del municipio* (Fallos, 113:282), tesis que apoyaba un sector de la doctrina, mientras que otro sector apoyaba la autonomía municipal, en un calificado y polémico debate.

Recién en 1989, la CS ejerciendo el *poder constituyente material*, realiza un giro copernicano en el caso “*Rivademar c/ Municipalidad de Rosario*”, pronunciándose por la “autonomía municipal”, teniendo presente la tesis avanzada desde tiempo atrás en el Derecho Público Provincial y la interpretación actualizada del art. 5 CN.

Dijo la CS que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los Municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios, frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades inconcebible en las entidades autárquicas.

Las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial, que tienen un ámbito propio a administrar. No son una mera repartición administrativa del gobierno central, pues poseen autoridad en su territorio y poder para designar y remover a sus empleados.

Esta nueva concepción jurídico-política del municipio, fruto del ejercicio por la CS del *poder constituyente material*, fue receptada por el *poder constituyente formal* en la Reforma de 1994 e incorporada en el art. 123 cuando dispone que las Constituciones Provinciales deben “asegurar la *autonomía municipal* y reglar su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

6. Supremacía de Tratados Internacionales

28. En este tópico, también la CS manifestó su magisterio constitucional cuando ejerciendo el *poder constituyente material* produjo un cambio súbito y sustancial, en la compleja situación de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, el comunitario o regional. En este acápite y en lo pertinente, debemos recordar que el art. 31 CN dispone: “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...”.

En cuanto a la primacía de la ley o los tratados, la jurisprudencia de la CS permanentemente sostuvo como lo expresó en el caso «*Martín y Cía*» de 1963 (Fallos, 257:99), que el art. 31 y disposiciones concordantes de la CN, no atribuyen prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes, pues ambos son

igualmente calificados por ello como “ley suprema de la Nación” y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno....por lo que rige el principio *lex posterior derogat priori*.

Esta posición de la CS varió fundamentalmente en 1992, con motivo de la ratificación por parte de Argentina de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, que entró en vigencia de 1980, cuyo art. 27 dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”, en base al cual la CS el 7 de Julio de 1992, en el *leading case* «*Ekmekdjian c/ Sofovich*» (Fallos, 315:1492), sostuvo entre otras consideraciones:

Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o de rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, *es ley suprema de la Nación* conforme a lo dispuesto por el art. 31 CN.

Con apoyo en el cit. art. 27, afirmó que se impone a los órganos del Estado Argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional, por lo que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma CN, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado.

7. Jurisdicción Internacional

29. Otra manifestación del ejercicio del *poder constituyente material* fue la novedosa posición de la CS de aceptar la jurisdicción internacional, básicamente a partir del caso “*Fibraca*” de 1993 (Fallos, 316:1669), respecto de un Tribunal Arbitral Internacional, mientras se aseguren los principios de derecho público del art. 27 CN. Allí el alto Tribunal afirmó: “La CS carece de facultad para revisar un laudo del Tribunal Arbitral de Salto Grande, en tanto lo contrario implicaría entrar en contradicción con el espíritu del tratado internacional firmado por las partes (art. 27 Convención de Viena)”.

De esta forma la CS se adelantó a la Reforma de 1994 que en su art. 75 inc.24, faculta al Congreso de la Nación a “Aprobar tratados de integración que deleguen *competencia y jurisdicción* a organizaciones supraestatales.....”. Con ambos respaldos, el Tribunal ratificó la doctrina *in re* “*Ghiorzo*” de 1997 y en el caso “*Giroldi*” de 1995, reconociendo en este último la competencia de la Corte Interamericana para conocer en los casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la importancia decisiva de su jurisprudencia.

8. Establecimientos de Utilidad Pública Nacional

30. Otra cuestión donde la doctrina de la CS fue pionera en la precisión constitucional ejerciendo el *poder constituyente material*, ocurrió respecto a la conflictiva interpretación del anterior art. 67 inc. 27 CN (hoy art. 75 inc. 30)⁽¹⁶⁾, cuya redacción poco clara, originó una cambiante jurisprudencia de la CSJN, que podemos reseñar en dos tesis: a) La amplia y excluyente; b) La restrictiva y finalista.

1) En cuanto a la primera, la CS afirmó en el caso “*Marconetti*” de 1968 (Fallos, 271:286), que la facultad del Congreso para legislar exclusivamente *elimina toda otra legislación concurrente*, y no puede admitirse lógica ni legalmente, que una legislación provincial pueda establecer impuestos sobre territorios nacionales. La autonomía de los estados cede ante la soberanía única de la Nación. Esta posición significaba lisa y llanamente la *federalización* de dichos lugares al entregar al gobierno nacional la exclusiva potestad de legislar, ejecutar y juzgar.

2) En cuanto a la tesis *restrictiva y finalista*, que es la correcta interpretación del art. 67 inc. 27 por ser congruente con la forma federal de Estado y la regla del art. 104 CN, fue expuesta por la CS, entre otros, en la causa “*Brizuela*” de 1976 (Fallos, 296:432), cuando el Tribunal afirmó que la facultad del art. 67 inc. 27, es *únicamente* la de someter a la legislación exclusiva del Congreso, los lugares que dicho texto menciona y, *sólo para la materia específica del establecimiento y la realización de su finalidad*.

Las facultades legislativas y administrativas de las provincias, sólo quedan excluidas en tanto su ejercicio interfiera directa o inmediatamente, en dicha finalidad nacional. Pero la exclusividad de la legislación nacional, no puede en modo alguno afectar la potestad política de la autonomía provincial sobre el resto de la vida y de la actividad cumplida en el lugar cedido, pues esos lugares *no se federalizan*.

Con apoyo en el *poder constituyente material*, la CS con una interpretación finalista y federalista fijó el sentido constitucional del ex -art. 67 inc. 27, e inspiró

⁽¹⁶⁾ Art. 67 inc. 27 (CN 1853/60): “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional”.

Art. 75 inc. 30 (CN Reforma 1994): “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estas establecimientos, en tanto no interfieran el cumplimiento de aquéllos fines”.

decisivamente a los constituyentes de 1994 para incorporarlo en el nuevo art. 75, inc. 30 al disponer que las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, *en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en las provincias.*

9. Cuestiones Políticas

31. En el inasible y recursivo argumento de que las “cuestiones políticas” son las “cuestiones no justiciables” y, que a su vez, las “cuestiones no justiciables” son las “cuestiones políticas”, el magisterio de la CS a través de las últimas décadas, ha producido un notable avance en la judiciabilidad de diversas situaciones que antes se las consideraba ajenas al control de constitucionalidad.

En este sentido, ha declarado que toda vez que se afecte alguna disposición constitucional, *están sujetos al control jurisdiccional*, entre otras, las siguientes cuestiones: a) El ejercicio de las llamadas “facultades privativas” de los otros poderes; b) La alteración de la forma republicana de gobierno; c) El allanamiento o no de la autonomía provincial; d) El procedimiento del juicio político por las Cámaras del Congreso; e) El enjuiciamiento de magistrados provinciales y federales; f) La negativa de las Cámaras del Congreso a la incorporación de sus miembros; g) Violaciones constitucionales en el procedimiento legislativo y en el veto del PE; h) La mayoría necesaria en el Senado para prestar acuerdo para un nombramiento; i) Las cuestiones electorales; j) La medidas de aplicación del estado de sitio; k) Aspectos procesales o sustanciales en una reforma constitucional.

Si bien es cierto que estamos de acuerdo con este progresivo avance del control de constitucionalidad, el cual aparece como un ejercicio del *poder constituyente material*, también es cierto nuestra convicción en el sentido de que siempre existen y existirán actos o procedimientos estatales no justiciables, donde no pueden desorbitarse los magistrados por un desmesurado “activismo judicial”, que los lleve a creerse erróneamente que son los supremos y finales contralores *de todos los actos estatales*, y sede de solución de conflictos originados en la discrecionalidad esencialmente política.

***VIII)* MISCELÁNEA**

MANIFIESTO PARA UNA NUEVA ILUSTRACIÓN

EMILIO SUÑÉ LLINÁS (*)
(España)

SUMARIO: Proemio. **1.** Principios de la nueva ilustración. 1.1. La muerte de la antigua Ilustración: ni libertad, ni igualdad, ni felicidad. 1.2. La nueva casta privilegiada del poder: La clase político-académico-mediática. 1.3. El áspero tacto de las urnas. 1.4. La Revolución Francesa, una revolución que nunca sucedió. 1.5. Derechos del Hombre, *metecos*... fascismo. 1.6. De los Derechos de la Mujer al sexismo feminista. 1.7. La división de poderes y otros ejercicios de –supuesta– arqueología política. 1.8. El vacío de nuestros días. 1.9. Vindicación de una Nueva Ilustración. 1.10. La nueva cultura cívica. 1.12. Virtud democrática frente a corrupción demagógica. 1.13. La responsabilidad educativa es una responsabilidad de todos. 1.14. El talón de Aquiles de los medios de comunicación social. 1.15. Conclusiones Preliminares **2.** Requisitos de un Estado legítimo o Estado respetable. 2.1. Enumeración de los requisitos del Estado legítimo. 2.2. El significado profundo de la Democracia. 2.3. Principio de Legalidad y Estado de Derecho. 2.4. Derechos Humanos y Ética Cívica. 2.5. Equilibrio de poder en el seno del Estado: División de poderes. 2.6. Equilibrio de poder entre Estado y sociedad civil: Una razonable dimensión del Estado. 2.7. Allá donde existe pobreza, el primer objetivo del Estado ha de ser erradicarla. **3.** Nuevas cuestiones en el entorno global. 3.1. El principio federativo, como mecanismo de equilibrio de poder: Hacia una Federación Global. 3.2. Nación y Estado. 3.3. España, algo más que un Esta-

(*) Profesor Titular de Filosofía Jurídica y Política, Universidad Complutense de Madrid.

do: Una Nación de naciones. 3.4. Los grandes transatlánticos culturales: La Comunidad Iberoamericana de Naciones. 3.5. El mundo es un ovillo... de fibra óptica: El nuevo capitalismo. 3.6. Un espacio global generador de una nueva cultura. 3.7. Una nueva política para un nuevo espacio: El ciberespacio metaespacial. 3.8. Hacia la Constitución del Ciberespacio y la Declaración de Derechos del Ciberespacio.

PROEMIO

Hoy que casi todo es *neo* o *post*, me encontraba yo también redactando un *Manifiesto para una Nueva Ilustración*; aunque he de decir, en mi descargo, que no pretendo ser tanto un neoilustrado, como sentar las bases de una *Nueva Ilustración*; es decir, no tanto hacer estricto seguidismo de la Ilustración, como renovarla en sus fundamentos, manteniendo, eso sí, las más emblemáticas y menos dogmáticas de sus ideas, como aquella que postula que no puede existir auténtica democracia, sin que se eleve a la vez el nivel cultural y de virtud cívica, del pueblo que la sustenta.

Obvio es decir que un manifiesto de estas características no se ha planteado para ser publicado en un solo medio, sino para tener la mayor difusión posible entre la intelectualidad de diversos países –pese a que sé que no contaré con el beneplácito de los *dueños de los altavoces*–, pues no en vano los intelectuales son sus destinatarios iniciales lógicos, quienes mejor pueden entender su necesidad y –si quieren y se atreven– crear la necesaria caja de resonancia para que esta *Nueva Ilustración* cale en todos los estratos de la sociedad, no en vano, como decía Burke, los escritores, sobre todo si obran en conjunto y en el mismo sentido, tienen una gran influencia sobre la opinión pública.

También es patente que un manifiesto de estas características, conviene que sea sometido a consultas privadas, antes de ser publicado, para así dejarlo adecuadamente perfilado. Una de esas consultas la hice con alguien en quien tengo toda la confianza y por supuesto también en el plano intelectual, me refiero a José Iturmendi Morales, que justo en este momento aborda la última fase de su largo y afortunado mandato como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, al estar todavía pendiente la toma de posesión del Decano electo que ha de sucederle, Raúl Canosa.

José Iturmendi no solo me ha hecho el favor –uno más entre muchos– de revisar concienzudamente el original, sino de sugerirme que en México lo publique en el homenaje a este común amigo –también mío y del propio de Raúl Canosa– que es Diego Valadés. Pienso que la idea no puede ser más acertada, puesto que *el control del poder* es el centro de las preocupaciones de Diego Valadés,

como insigne iuspublicista y politólogo que es; un constitucionalista que, como diría Pedro de Vega, se dedica a abordar problemas y no meramente a tratar temas. En mi caso, desde la perspectiva de la Filosofía Jurídica y Política, aunque también de la Politología y el Derecho Público, también he centrado bastantes de mis estudios en el poder y los correspondientes mecanismos de control.

Idéntica preocupación por el control del poder imbuye el presente *Manifiesto para una Nueva Ilustración*, en cuyo capítulo 1 se hace la *crítica* de la actual dinámica del poder que –la verdad sea dicha– no es muy distinta de la del *Ancien Régime* al que tuvo que enfrentarse la Ilustración; mientras que los capítulos 2 y 3 contienen la *parte propositiva*, donde ocupan un papel muy destacado los mecanismos de control del poder, tanto *interna corporis* del Estado (capítulo 2), como desde el punto de vista de plantear soluciones para esta nueva dimensión global de la sociedad humana, lo que Diego Valadés llama *Estado intangible*, y a tal efecto suscribo la idea del también mexicano Xavier Díez de Urdanivia –*El Estado en el Contexto Global* (2008)– en el sentido de recuperar y actualizar la vieja utopía de Kant sobre una Federación mundial, a la que añado mi propia propuesta de una Constitución política para el Ciberespacio.

La verdad es que he disfrutado, querido Diego, con tu singular agudeza de constitucionalista al releer algunos de tus libros que tenía a mano, siempre publicados desde el núcleo de tu vocación universitaria en la UNAM, sobre todo la que a mi juicio es tu obra magna *El control del poder* (1998) –tanto en su edición original como en la publicada en Venezuela–, así como este otro libro que tuviste la amabilidad de regalarme, con ocasión de una de mis frecuentes visitas a esta *mi otra patria*, que es México: *Constitución y Democracia* (2000). Tan es así que no puedo sustraerme a reproducir algunas de las muchas *perlas* que contiene tu obra, con cuyos planteamientos coincido casi siempre, y en este caso especialmente. Dices:

- *El control del poder no puede ser entendido como sólo el control del poder formal.*
- *Todo aquello que debilite (...) los instrumentos de control afecta a la legitimidad del poder.*
- *El ejercicio de los controles tiene un doble efecto en la sociedad: hace predecibles y hace confiables las acciones del poder.*
- *Si hubiera un órgano del Estado que no estuviera sujeto a control, se estaría ante el caso de un poder absoluto.*
- *El ejercicio del poder es de tal suerte complejo, que cualquier exacerbación proveniente de la emotividad lo hace considerablemente peligroso (lo dices en el epígrafe relativo a la democracia directa).*

- *Un problema actual del sistema representativo es que el elegido por la ciudadanía tiende a convertirse en un representante dual: con un mandato representativo del pueblo, y con otro mandato imperativo del partido.*
- En relación con el que denominas *Estado intangible*, precisas: *Las fuerzas económicas no tienden a colocarse por encima del estado, sino procuran el desmantelamiento del aparato estatal y asumen sus funciones de una manera directa pero no ostensible. Por eso le llamamos Estado intangible.* Y añades, de forma muy acertada, que eso da lugar a una poliarquía que conduce a un nuevo medievalismo.

Llevamos siete, que ya sería una *perfección* pitagórica; si bien, para completar nuestro más usual decálogo, añadiré algunas *perlas* más que entroncan muy directamente con el presente *Manifiesto*:

- Tu visión de los controles es, sin duda, muy amplia, pues distingues entre controles internos, que se sitúan dentro del propio Estado y externos (ejercidos por la sociedad civil). Dentro de los controles internos, sitúas acertadamente, los derivados del principio federativo, no obstante lo cual haces advertencias muy interesantes y oportunas, como la siguiente: *Si el ritmo expansivo de los regionalismos sigue avanzando (...) los segmentos del poder regional, escudados en una especie de demagogia localista, ejercerán sus funciones de una manera cada vez menos respetuosa con los ámbitos internos de libertad. Estos casos los ilustran las expresiones de intolerancia étnica y lingüística que ya se advierten en diversos lugares.*
- Excepcionalmente estoy menos de acuerdo con otra afirmación que haces sobre el Federalismo. Señalas: *Por el momento teóricamente sea impensable un Estado supranacional, por que es imposible que coincidan a la vez dos Estados soberanos superpuestos. Por definición uno de los dos no puede ser soberano y por ende uno de los dos no es Estado.* Desde un punto de vista estrictamente teórico, el de la Soberanía, estoy de acuerdo contigo, e incluso he compartido en ocasiones tu afirmación –que es también la de Hermann Heller– y resulta extensible a todo Federalismo, en el sentido de que lo soberano (pleno) excluye a lo pleno, por lo que, desde un punto de vista teórico, el Federalismo es una contradicción en sus propios términos... pero Xavier Díez de Urdanivia me convenció de que el Federalismo, mucho más allá de una doctrina teórica, es una fórmula convivencial práctica y desde este punto de vista, sí es posible esa Federación mundial por la que muestras un inicial recelo, e incluso acuñar nuevas formas de Federalismo. Incluso me atrevería a pedirte, querido Diego, que leas el capítulo 3 del *Manifiesto*, pues estoy seguro de que te va a resultar sugerente.

- Me detendré, por fin, en esta (tu) idea que asimismo compartimos, sobre el *binomio poder-libertad*: *Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva y viceversa*.

Me ha parecido oportuno situar en último lugar, en el orden sistemático, esta reflexión, para enlazarla con las mías propias; puesto que, cuando hablamos del poder, casi siempre, por no decir siempre, nos suele faltar un estudio teórico sobre el mismo y en ocasiones, incluso, la definición. Por ello voy a exponer, en esta última parte del Proemio, y en tu honor, un breve resumen de mi *teoría del poder*, que podrás encontrar con mayor grado de detalle –o por lo menos contextualizada– en otras obras mías, como la tesis doctoral que defendí en 1985: *La Potestad. Con especial referencia al Derecho Administrativo*; el capítulo introductorio de la misma, que publiqué en el Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí (Civitas, 1989); el estudio sobre *Filosofía Política y Ciencia Política*, que se incluyó en el libro de la colección Maestros Complutenses de Derecho, dedicado a Francisco Elías de Tejada (1996); o incluso en la mucho más reciente *Teoría Estructuralista del Derecho* (2006). Hagamos pues teoría –por mucho que sea resumida– del poder:

Si convenimos en que *poder es la capacidad de influir sobre e las acciones humanas*, sólo será preciso indagar en los mecanismos de la acción humana para saber, en grandes líneas, sobre qué se manifiesta y en qué consiste el poder.

Si se acepta que el ser humano actúa como lo que es, un ente físico, vivo y con psiquismo superior, tendremos que en cuanto ser físico sus acciones pueden ser determinadas por la fuerza –*poder físico-coactivo*–. Además, en cuanto ser vivo, tiene necesidades y actúa en función de las mismas, por lo que en este caso el poder opera a través de los medios de satisfacción de las necesidades humanas –*poder económico*–. Por último, en cuanto ser con psiquismo superior, el ser humano también es movido por pasiones e ideas, asimismo controlables –*poder psíquico*– en base a un control mental, no sólo ideológico, sino también instintivo.

El problema de fondo es, pues, como casi todo, complejo, pero no propiamente difícil y en el fondo bastante simple, de tal manera que el poder tiene tres esferas básicas: físico-coactiva, económica y psíquica; por más que su articulación práctica dé lugar a una realidad muy compleja en la que vamos a entrar sólo de forma muy elemental, puesto que el lector que llegue a este punto manteniendo intacta su curiosidad, puede sobradamente completar el razonamiento por sí mismo. En concreto, la esfera físico-coactiva, en una sociedad compleja, puede separarse en varias vertientes, como la militar y policial, entre otras. La económica rebasa hoy el estricto ámbito de las necesidades materiales de un ser vivo para entrar en el ámbito de las necesidades *psíquicas* y, en el fondo, crearlas –sociedad de consumo–. Asimismo, el poder que hemos denominado *psíquico*, al incidir no

sólo sobre las ideas, sino también sobre los instintos y pasiones humanas, nos conduce a importantes derivaciones en el campo de la Psicología Social, como la *seducción* del líder, que no en vano significa *conducir hacia sí*, como en la fábula del flautista de Hamelin, cuya tragedia final ha sido real como la vida misma, en determinados y desafortunados liderazgos políticos.

Corresponde destacar, a fin de terminar estas reflexiones tan resumidas como iniciales, algo que no es en absoluto original; a saber, que *poder y libertad*, al menos desde el punto de vista social –ya que no personal–, *son términos equivalentes, o contradictorios, depende de cómo se mire*. La medida de nuestra libertad social está en nuestro poder personal y la de nuestra esclavitud social en la concentración del poder en pocas manos, que monopolizan la libertad. De ahí que para la libertad social sea en extremo importante el equilibrio del poder, tanto en el plano internacional, como en el interno del Estado –división de poderes–, como en el plano mismo de la sociedad civil, donde la libertad real exige un grado de igualdad social compatible con dicha libertad; tema éste que no ha sido resuelto por el liberalismo clásico –y mucho menos todavía por el autodenominado *neoliberalismo*–, cuyo *laissez faire* no es proclive a la igualdad social, sino al predominio de los económicamente fuertes; ni por el socialismo, cuyo igualitarismo en la práctica suele basarse en reforzar el papel del Estado frente a la sociedad civil, con los consiguientes costes en términos de libertad civil. Todas estas cuestiones están muy desarrolladas en otra obra de este mismo autor: *La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea* (1998).

Para comprender el *poder político* o, si se quiere, la subestructura política, es previo no sólo un análisis sobre el poder en general, sino también saber sobre qué tipo de grupos sociales actúa. En general, el poder político puede ser ejercido sobre grupos sociales de cualquier magnitud, que hoy van desde el municipio hasta grandes federaciones como los Estados Unidos de América, o comunidades supranacionales, como lo es todavía una Unión Europea, inserta en un proceso inacabado de federalización; pero la Historia es rica en diversidad; de hecho, que según nos dice Rudolph Von Ihering, el poder político alcanzaba al seno de la propia familia en Roma, bajo el poder en determinadas épocas absoluto del *paterfamilias*, o, en la otra vertiente, a ámbitos cuasi universales, como el que en su época abarcaba el Imperio Romano en su máximo apogeo.

Lo determinante para comprender el poder político es saber cuál de todos los poderes globalizadores de la estructura social es, en cada tiempo y lugar, dominante. Este papel, en la actualidad, todavía parece corresponder al Estado –aunque la plutocracia que gobierna de facto el postcontemporáneo fenómeno de la globalización, probablemente ya haya consumado –también de facto– el cambio de paradigma y si bien el Estado puede ejercer su poder sobre grupos sociales

diversos, lo *ideal* es que dicho poder recaiga sobre un grupo social compacto a gran escala, precisamente por tener muchos elementos de carácter psico-social en común, cual es *la nación*.

A la nación se aludirá con cierto detalle en el capítulo 3 del presente *Manifiesto*. Baste por el momento decir que se trata de un grupo social amplio, cohesionado por determinados *vínculos sociales objetivos*, de carácter *fuerte*, como lengua o religión, entre otros, y por un *elemento de psicología social, cual es la voluntad de formar un ser colectivo*. De ahí que la forma política imperante desde el Renacimiento haya sido el Estado, y el ideal clásico de Estado, el Estado-nación, que la inmensa mayoría de los Estados predicaban de sí mismos y que, sin embargo, pocos Estados realmente son.

Una vez analizado qué es el poder y comprendida la relación entre poder político y grupos sociales, no queda sino entrar en la definición o, mejor dicho, descripción del poder político, que se caracteriza por dos notas:

- a) Globalidad, al referirse a un grupo social determinado, organizado como conjunto con independencia de otros grupos, y comprender (no absorber) las tres esferas básicas del poder (físico-coactiva, económica y psíquica).
- b) Legitimidad, al tener una componente ideológica tendente a que el individuo crea –con razón o sin ella–, que el poder político existe para armonizar de forma equilibrada su bienestar individual con el interés común al conjunto societario.

La presente reflexión sobre la subestructura política tampoco va a ser de mucho mayor alcance, entre otras cosas porque no es posible en el contexto de un *Homenaje* y porque ya han sido relacionadas otras obras de mi autoría, donde se puede encontrar una visión más *acabada* de la cuestión. Quiero insistir, sin embargo, en que el poder político, para ser *global* –expresión que se emplea en un sentido que nada tiene que ver con la postcontemporánea globalización– sólo necesita controlar los postulados básicos de las tres esferas del poder, lo que no excluye un control más o menos integral sobre alguna de ellas, como sucede con el poder militar, que es la parte más importante del poder físico-coactivo y la *razón* última y más *cruda* del propio poder.

El control total sobre las tres esferas del poder conduce –obvio es decirlo– al totalitarismo. Para comprender lo que el totalitarismo significa, no hay más que analizar el supuesto de las autodenominadas *democracias populares*, o el de la Monarquía absoluta en su máximo apogeo, con prácticas regalistas en el terreno religioso y monopolización, también a través de regalías y de un concepto patrimonial de la Soberanía estatal, de las actividades económicas consideradas como fundamentales.

En absoluto contraste con las formas políticas totalitarias, el modelo liberal de Estado, si bien monopoliza la vertiente físico-coactiva del poder, deja el reparto del poder económico a las fuerzas vivas de la sociedad civil, y es respetuoso a la vez con la libertad ideológica y las potestades espirituales.

Por último, el Estado Social, si bien ha producido una relativa nivelación de poder social, ello ha sido a costa de tener amplios mecanismos de control sobre la Economía nacional, camino que, bueno es recordarlo, nunca debe traspasar límites peligrosos para la libertad civil, que se acrecientan cuando dicho Estado, en la sociedad de las comunicaciones, tiene un poder ideológico dominante, a través del control formal o encubierto, de algunos de los más importantes medios de comunicación social.

Y sin más prolegómenos, querido Diego, queridos amigos, corresponde entrar ya en materia, en la parte *crítica* de este *Manifiesto para una Nueva Ilustración*.

1. PRINCIPIOS DE LA NUEVA ILUSTRACIÓN

1.1. La muerte de la antigua Ilustración: ni libertad, ni igualdad, ni felicidad

Qué desazón la de un supuesto Estado del Bienestar ó *Welfare State*, que finalmente parece habernos situado en el también supuesto *Mundo Feliz* de Aldous Huxley, donde las conciencias ciudadanas, adormecidas por el consumismo, afloran ingentes dosis de *soma* por la mirada de aquéllos a los que no nos dejan ser sino supuestos ciudadanos, de forma que nuestros ojos hinchidos se salen de las órbitas ante cualquier banalidad, como la que cada domingo nos permite ver este retrato, mientras los humanos de todas las castas, desde los beta hasta los epsilon, y también los supuestos alfa, vociferamos enardecidos ¡¡¡gool!!!

El mismo *soma* es el que taponan nuestros oídos, los de los humanos de a pie, cuando la casta alfa de los miembros del supuesto Parlamento Europeo dice que va a aprobar medidas contra la inmigración ilegal. En la Europa de los Derechos Humanos ya se podrá encarcelar, perdón *retener*, a un ser humano, bueno a un *meteco* ¿o habría que decir *esclavo*?, sea *morapio*, *sudaca*, o calificado por cualquier otro epíteto de intención injuriosa, por el supuesto *delito* de no estar regularmente en suelo europeo. Y observo que este no es un problema exclusivamente europeo: ¿qué cabe decir de los braceros mexicanos que cruzan el Río Bravo; o peor aún, entre hermanos hispanoamericanos, los sufrimientos de tantos guatemaltecos por llegar a México?

El *soma* llena la vista, taponan el oído y su gusto empalagoso atiborra el mundo *rosa*, que indefectiblemente se asimila a un supuesto *corazón*, cuando en realidad arraiga más bien en otras vísceras, de las que sería hasta impúdico hablar y

que si fuese púdico, no pasarían del riñón, el hígado ó el páncreas. Cualesquiera que sean las vísceras supuestamente *rosas*, tanto ellas como el propio cerebro, resultan profundamente lesionadas por tal sobredosis de estupidez, agresividad, vacío e infelicidad.

Sí, habéis cogido bien, queridos amigos que todavía conserváis el seso despierto, el *Mundo Feliz* al que conduce nuestro tan admirado como supuesto *Estado del Bienestar*, lleva a la gran mayoría de los seres humanos a una radical infelicidad; eso sí, la gente no lo sabe, de eso ya se encarga la casta política, que aún cuando abandonemos el lenguaje novelado, para entrar en el mundo real, no deja de ser una casta en sentido propio, que ejerce un poder que se dice democrático, mientras es demagógico practicante, que droga a la sociedad civil hasta obnubilarla, con ingentes dosis de pastelosa propaganda, que apenas a nadie serio se le permite discutir; no en vano la casta política y la casta de los dueños de los altavoces, forman parte de las mismas redes de poder.

Si la *felicidad* consiste en *hacer la propia vida*, afirmación que parece plausible, lógico es concluir que hacer la vida de los demás ha de conducir forzosamente a la infelicidad. Pensad, queridos amigos, cuán infeliz ha de ser una sociedad, en la que los supuestos ciudadanos estamos compelidos a dedicar buena parte de nuestro tiempo a consumir la vida de los demás... por mucho que estos *demás* sean princesas, *princesos*, futbolistas, *diestros*, en el supuestamente *noble* arte de marear –y matar– a un animal, sea toro... o zorro; políticos que se aparean y hasta contraen matrimonio con supuestas *modelos*, etc. etc. Por cierto, dónde tendrá el cerebro alguien para quien lo más relevante de una mujer son sus *medidas*. No puedo evitar ver la imagen de alguien que tiene el cerebro en *los bajos*, mientras éstos se yerguen animosos sobre la cabeza...

¡¡¡Yujuuu!!! y a la vez ¡¡¡qué triste!!!. Estos son algunos de los símbolos de nuestro Estado del Bienestar; el bienestar de una sociedad civil drogada y presa de una radical infelicidad; hasta el punto de que ni siquiera le dejan ser capaz de reconocerse como tal sociedad civil.

1.2. La nueva casta privilegiada del poder: La clase político-académico-mediática

Vista, oído, gusto, y ahora olfato, con el tufillo que envuelve a buena parte de la clase –¿o debiera decir casta?– dirigente, que no es sólo la casta política; en realidad, más que ante una estricta casta política nos hallamos ante una clase político-académico-mediática, la del púlpito, los *nuevos clérigos*, que por supuesto tiene amplias conexiones, y hasta identidades, con otra parte importante de la casta dirigente, la clase empresarial, integrada no sólo por los dueños de la gran

empresa, sino también por la burocracia empresarial, tan profundamente emparentada, hasta el punto que más que *puentes* parecen haber *autopistas*, con la clase política, perdón, *político-académico-mediática*.

El tufillo no lo desprenden sólo los casos de corrupción empresarial; también lo emana buena parte de la burocracia de ambos lados del puente, la del tráfico de influencias –la que circula a la gran empresa por su *agenda de contactos*, cosa que la gente ve *normal*–, la de los gastos sin justificar de, por ejemplo, supuestos *asistentes* en el Parlamento Europeo, la de otros *nuevos privilegiados*, como los parlamentarios españoles, que consiguen en siete años el máximo –y qué máximo– de jubilación, cuando a los miembros del *tercer estado* –perdón, a los *ciudadanos de a pie* –, nuestro máximo, notoriamente inferior, nos cuesta treintaicinco, la de los municipales de la corrupción urbanística –que es de temer sean mayoría–, la de los nacionalistas autonómicos –perdón, del *derecho a decidir*– auténticos apóstoles de la desigualdad, o la de un gobierno-oposición, con guión, pues ambos dos son exactamente lo mismo y que supuestamente, sólo supuestamente, nos representa.

Perdón por tanta referencia a España y a Europa. No es que piense que el resto del mundo sea distinto. Cada año estoy varias veces en la –para mí entrañable– Comunidad Iberoamericana de Naciones, al *otro lado del charco* y también conozco bastante bien otras partes del mundo, como el anglófono, el Imperio Británico con sede en Washington, como suelo decir, o culturas distintas de la occidental. Hay más alusiones a España y Europa, e incluso, como se verá en el penúltimo y último capítulo, a la Comunidad Iberoamericana de Naciones, porque son sencillamente los ejemplos que tengo más a mano y cada cual puede leerlos en las claves características de su país, región ó cultura. Sigamos, pues, con la cuestión.

¿Qué decir de este otro componente de la clase político-académico-mediática, que es la casta académica?, la de los que tienen *mando en plaza* en una universidad donde la selección negativa de las especies está a la orden del día. Pobres ilusos aquellos que piensan que la selección de los peores es privativa del mundo político de las listas cerradas y bloqueadas, que tan desgraciadamente bien conocemos en España. En la cátedra sucede exactamente lo mismo, o incluso peor y más todavía desde que los paladines del pensamiento débil suprimieron las supuestamente *memorísticas* oposiciones –¿de verdad es tanto pedir que un catedrático domine el programa de su asignatura?– y las sustituyeron por supuestos concursos en los que los aspirantes solamente han debido exponer su curriculum y presentar ante el Tribunal un solo tema, elegido por el propio candidato, que además bastantes veces leía. Al final, el conocimiento era lo de menos, cuando no una osadía abiertamente contraproducente en un contexto de tanta mediocridad.

Tres votos de cinco, es lo único que durante muchos años –más de veinte– ha venido contando: *Dadme tres votos y hago catedrático a un árbol*, decía abatido este solvente profesor que es José Luis Pinillos.

Con el breve sistema de la *habilitación* sólo se introdujeron muy ligeras variaciones en el sistema, básicamente que las convocatorias de las plazas eran algo más nacionales y algo menos de cada universidad y los tres votos de cinco pasaron a ser cuatro de siete. Con la actual acreditación una consolidada casta que poco o nada tiene que ver con la ciencia decide, a partir de la mediocridad de un *baremo*, pero en el fondo con los procedimientos de siempre, quienes ingresan o no en la casta, en un nuevo *suma y sigue* de selección negativa de las especies.

¿Para qué queremos la inteligencia?. En las sociedades antiguas, marcadas por el signo de la escasez, si no era excesivamente atrevida, era funcional para la supervivencia de la colectividad; pero en las opulentas sociedades del bienestar, la inteligencia ya no sirve para sobrevivir; ahora lo único que está a la luz es la más odiosa de sus partes: la inteligencia molesta. La inteligencia es crítica y aquí se trata de ser serviles y decir amén. Además, ¿cómo voy a dar status de sabio a quien sabe infinitamente más que yo?... al menos si puedo impedirlo... y sin duda puedo. El resultado final es que la casta académica nada tiene que ver con la ciencia y todo con el poder. Luego nos quejamos de nuestra escasa capacidad de generar conocimiento e innovación, con los nefastos efectos que ello tiene en una economía global ciertamente competitiva. ¿Y qué esperabais...?

¿Va a resolver esta situación el también supuesto poder judicial?... bueno, supuesto judicial, porque lo de poder sus estratos superiores lo tienen muy claro... Obvio es decir que no. Estamos ante un eslabón más de la casta política; o mejor, político-académico-mediática; no en vano quien designa a los cargos judiciales discrecionales, que son precisamente los de más alto rango, es un Consejo General del Poder Judicial, designado, a su vez, por el Parlamento de las listas cerradas y bloqueadas; es decir, por los partidos políticos. Posiblemente sea cierto que, pese a todo, si un juez quiere ser independiente puede serlo; pero en este contexto es perjudicial para cualquier aspiración legítima que pueda tener en el desarrollo de su carrera.

Ante cualquier reclamación contra los múltiples gobiernos y administraciones públicas, el poder supuestamente judicial –no sea que no me nombren para un cargo discrecional–, lo probable es que le aplique una también supuesta *discrecionalidad técnica* y no entre en el fondo de la decisión; en otras palabras, *se lavará las manos*, al igual que Poncio Pilatos, no con agua, sino con la *sangre de un inocente*, la del –también supuestamente– justiciable. Del Tribunal Constitucional –me refiero al de España– ni siquiera hablo. Visto lo visto, hasta las palabras están de más...

Y qué decir del *olor* que desprende una clase mediática, que tan a menudo actúa como vocero del poder político. Por circunscribirnos a la prensa madrileña, si uno lee *La Razón*, *ABC* ó *El Mundo*, obtiene el reflejo de la opinión del PP, o de alguna de sus facciones; si uno lee *El País* ó *Público*, obtiene el reflejo de la opinión del PSOE, o de alguna PS.A.E Y lo mismo sucede en radio, televisión, periodismo digital... ¿Dónde está la opinión pública?. Lo único que suena es la opinión de los poderosos, de los *dueños de los altavoces*, como en ocasiones los he denominado; casi nunca nuestra voz, la *voz del pueblo*, la de los que somos *políticamente incorrectos*. ¡Qué forma más atroz de censura!. Los poderosos se lanzan a comer en el plato del pueblo y resulta que somos *incorrectos* por resistirnos a ello.

Y –de nuevo– qué decir de organizaciones supuestamente religiosas que actúan como un ejército, con rigurosa y férrea disciplina, metódicamente mimetizadas con esta política, empresa, Academia y Medios. Todos saben lo que digo, casi todo el mundo lo comenta abiertamente en privado; pero apenas nadie en público. ¿Pertenece de veras a la Iglesia de Dios este tipo de organizaciones sectarias? ¿Es de recibo que la Iglesia las consienta y hasta promueva?. *Por sus hechos les conoceréis*.

¿Por qué casi nadie habla de estas cosas?. La razón es muy sencilla: *No hay libertad*. Atreverse a hablar supone exponerse a las seguras represalias de la clase político-académico-mediática y –supuestamente– religiosa. Y las represalias no necesariamente dejan un rastro de sangre o conducen a la cárcel. Es más fácil, sutil y discreto condenar al disidente al ostracismo.

1.3. El áspero tacto de las urnas

Vista, oído, gusto, olfato, tacto... sólo queda el tacto, de nuevo supuestamente cristalino de las urnas, cuando –también supuestamente– elegimos a nuestros supuestos representantes, que, al menos en España, van en unas listas tan cerradas y bloqueadas como el entero sistema político. Y no es que piense que el sistema político español sea peor que los demás. Por un procedimiento o por otro este tipo de cosas son auténticos *universales*. El sistema político mundial no es sino una plutocracia global, trufada por multitud de demagogias particulares... en el menos sangrante y sangriento de los casos...

Cuando votamos, ¿de verdad elegimos representantes, o nos limitamos a escoger oligarquía?. Una de entre dos, las cuales en España se aderezan con unos apéndices igualmente oligárquicos, que quieren dejar de ser apéndices para asumir la condición de oligarquías plenas de su supuesta nación. La democracia se convierte así en un método real –o acaso también supuesto– de elegir oligarquía.

1.4. La Revolución Francesa, una revolución que nunca sucedió

¿De veras aconteció alguna vez la Revolución Francesa?. ¿O estamos hablando de una revolución que, visto lo visto, nunca sucedió?

Y no olvidemos que la Revolución Francesa es el fruto maduro de una Ilustración que, al parecer, tampoco existió jamás.

1.5. Derechos del Hombre, *metecos*... fascismo

Derechos del Hombre —que diría Paine—. ¿De qué hombre?, preguntamos hoy aquéllos que vemos cómo *la casta*, la clase político-académico-mediática...religioso-empresarial acapara y retiene para sí todos los privilegios, mientras a los demás sólo nos queda el *soma* del Estado del —supuesto— Bienestar... y a los *metecos* ni eso...

¿Recordáis quiénes son los *metecos*?. Los extranjeros, los *inmigrantes* de hoy. Aquéllos que en la polis ateniense convivían con los *ciudadanos*, que ostentaban la plenitud de derechos y los *esclavos*, que no tenían ninguno. Los *metecos* de entonces, como los inmigrantes de hoy, tienen un estatuto jurídico limitado, que ni siquiera llega al de ciudadanos de segunda clase, por la sencilla razón de que no son ciudadanos.

A la cárcel con los metecos. Son culpables de la miseria que *la casta* ha generado y que no quiere ver ante sí... bueno al menos después de haberles exprimido y tener, en consecuencia, exceso de oferta de sangre de limón. ¡Qué se pudran en los eslabones más débiles del Imperialismo! —que diría Lenin—. ¡Dios, qué ha de estar pasando para que alguien que se considera de la estirpe intelectual de Locke se apoye en una cita de Lenin! Dieciocho meses detenidos —perdón, *retenidos*— sin necesidad de resolución judicial. Una decisión *unánime* del Consejo Europeo. Es vergonzoso siquiera que tal barbaridad pueda debatirse en el —supuesto— Parlamento Europeo, que ni siquiera tiene potestad legislativa autónoma... y no digamos ya si además acaba haciéndose cómplice de tamaña infamia... O este *señor, dueño* de Italia, que ha pretendido condenar penalmente a gente presa por el *estado de necesidad*, por las resultas de su triste estado. Menos mal que se ha visto forzado a recapacitar, aunque sea parcialmente. En cualquier caso, el Derecho Penal ya no responde a los grandes *valores* en que se basa la convivencia, sino al capricho de la monarquía absoluta. ¡Hemos sustituido al Marqués de Beccaria por las *lettres de cachet* de Luis XIV!, que ha pretendido marchar sobre Roma envuelto en la camisa negra de Mussolini.

Igual que en los años 20. Un ejército de *camisas negras* responde en las encuestas, por mayoría, que la inmigración ilegal debiera ser delito. No nos enga-

ñemos; el fascismo llegó al poder porque lo apoyaba buena parte del pueblo, una parte envilecida por la irracionalidad antiilustrada sembrada por el propio poder. ¡Cuán cerca volvemos a estar de lo que –supuestamente– tenemos tan lejos!. No hay ningún problema de Derechos Humanos, piensan algunos; son sólo molestos inmigrantes... ¿Y después de los pobres inmigrantes, quién vendrá?. ¿O es que estos *algunos* son tan ilusos de creer que los Derechos Humanos se pisotean selectivamente?

1.6. De los Derechos de la Mujer al sexismo feminista

Cuando Mary Wollstonecraft escribió su *Vindicación de los Derechos de las Mujeres*, ella, Harriet Taylor y muchas sufragistas brutalmente apaleadas, lucharon por lo que era de estricta Justicia: ¿cómo pueden depender los derechos civiles y políticos de tener o no tener falo?. Hoy co-gobierna una supuesta *modelo* en Francia, alguna supuesta *miss* en Italia –país con antecedentes de *Onorevole pornostars* electas– y muchas dirigentes de un nada supuesto, sino literalmente denominado por ellas mismas *lobby europeo de mujeres*, en España. La razón de lo que está pasando no puede ser más descorazonadora: la demagogia que nos envuelve ha constatado que las mujeres votan en mayor proporción que los hombres y aquí lo único que cuenta son los votos. De nuevo ¡pobres metecos!, ¡pobres de los que no votan!

¿De verdad los *palos* que se llevaron las sufragistas y las demás mujeres que sufrieron –y sufren– la discriminación machista, ha de servir para encumbrar a una nueva extensión de *la casta* político-académico etc. etc.?. ¿Son de verdad las marginadas quienes se redimen, o se encumbra una nueva casta de privilegiadas que nunca sufrió discriminación alguna?, una casta que se atribuye un nuevo pasaporte de supuesto *derecho natural* al poder; un derecho natural que no se basa –como diría Burke– en la inteligencia y la virtud, sino en un salvoconducto que ha dejado de ser fálico para pasar a ser vaginal.

¿Qué igualdad es ésta que toma el nombre de discriminación, y con todo el cinismo la tilda de positiva? Toda discriminación es negativa. ¡Viva el mérito!, ¡arriba la capacidad, la inteligencia y la virtud!... cualquiera que sea su origen, su raza, su religión... y por supuesto también su sexo.

1.7. La división de poderes y otros ejercicios de –supuesta– arqueología política

En los años 80 un conocido político español, a la sazón Vicepresidente del Gobierno, declaró *la muerte de Montesquieu*. Y así nos va... Montesquieu ha sido sustituido por una partitocracia cerrada y bloqueada, parte destacada de una casta que todo lo invade y de todo saca provecho... personal, por supuesto.

En ese contexto, ¿qué significado puede tener la democracia ó el Estado de Derecho?, desde que en fechas tempranas la Ilustración y la propia Revolución fueron traicionadas, cuando no literalmente *violadas* por Napoleón, quien al parecer no se limitaba a violar mujeres y quien tuvo la desfachatez de mutar la República en Monarquía Imperial. Bolívar estaba presente en la autocoronación de su homólogo militar corso venido a más. Desde entonces, *así nos va...*

¿Quién se acuerda ya de Sieyès, del tercer estado, de una verdadera representación política?. Total para qué... una vez que hemos convertido la República en demagogia, cuando no en oligarquía, o incluso en monarquía.

¿Y el Estado de Derecho? Hoy es una mera formalidad vacía de contenido. Una formalidad clásica o *neoconstitucionalista*, qué más da si siempre es lo mismo, los *neocon* de ambos lados de la farsa, legalismo exangüe frente a tecnocracia –*iuriscracia*– interesada. Una teoría –sin práctica– de la argumentación; un teórico discurso supuestamente práctico y también supuestamente racional. El positivismo –que inmediatamente traicionó las luces de la Ilustración con la oscura sequedad de la Exégesis– ha prescindido completamente de los valores, incluidos los Derechos Humanos de la Ilustración. Su positivización, que en un contexto de buena fe podría trocar especulación por seguridad, ha supuesto, en la práctica, la enucleación de su sustancia política. ¿Y qué decir del positivismo lógico y toda la nueva sofística que le siguió?. De nuevo los valores desaparecen, con el agravante de que ni siquiera se truecan propiamente en derechos civiles, sino en proposiciones supuestamente lógicas o en meras reglas procedimentales que adoran y adornan las formas –otros lo hacen con su propio ombligo iuriscrático– mientras, todos ellos, vacían implacablemente los contenidos.

1.8. El vacío de nuestros días

¿Dónde estamos? En el vacío. Esta es la respuesta. Drogados por el *soma* que nos suministra *la casta* de los *nuevos privilegiados*, y que impregna de viscosidad un supuesto Estado del Bienestar que –paradójicamente, o quizás no tanto...– acaba generando infelicidad... pero para eso está el *soma*, el nuevo opio del pueblo.

Los amantes de la libertad no podemos resignarnos; porque es la libertad misma lo que está en juego, o jugada ya. Nos creemos libres, porque efectivamente lo somos en todo aquello que no interesa al poder. Es decir, nos creemos libres porque no somos libres. Somos súbditos y siervos. Creemos que los esclavos son otros, los *metecos*, por ejemplo. Vana ilusión. Ellos son esclavos que sufren y nosotros esclavos dopados. No es sino el infausto *gran hermano* quien se esconde en la plácida y engañosa faz del *mundo feliz*... ¿Y qué decir de Bradbury con su *Fahrenheit 451*: ¿seremos los encargados de quemar los libros, la cultura, en nombre de la felicidad de los políticos?

1.9. Vindicación de una Nueva Ilustración

Por eso vindico una Nueva Ilustración y os invito a vindicarla conmigo, si con las lógicas –y acaso abundantes– discrepancias, pensáis que estos planteamientos tienen un halo de sensatez y una buena porción de verdad. Sí, soy yo quien vindica una Nueva Ilustración, alguien que es discípulo y amigo de Edmund Burke, a quien da fraternal y humildemente la mano a través de los siglos y, por tanto, alguien que ni puede ser un *bobo de la Ilustración*, cuya parte dogmática y poco tolerante está obligado a conocer, ni tampoco puede ignorar, ni ignora, el *lado oscuro* de la Revolución Francesa. Quiero insistir en eso, porque un buen amigo de México hace una crítica acerada, que no deja de ser certera, de la *vieja Ilustración*. Debo aclarar que, con la *Nueva Ilustración*, no pretendo elaborar una reedición de la vieja Ilustración sino hacer de ella lo que siempre debió haber sido. Como su nombre indica, se trata de *renovar* la Ilustración, incluso en sus fundamentos cuando hace falta... y eso sucede no pocas veces.

A pesar de todos los pesares, la Ilustración, con todos sus defectos, como el apuntado del dogmatismo, los gérmenes de jacobinismo que encerraba, o su concepto en demasiadas ocasiones timorato y limitado de democracia, no dejaba de tener una singular grandeza de espíritu, reflejada en su afán de culturizar al pueblo, de iluminar nuestra mente, de alejar nuestro corazón de lo mezquino y prepararnos para cosas grandes, como ser dueños de nuestra propia libertad. La *ilustración del pueblo* –y no su mera instrucción técnica– es, pues, el primer y más grande principio de la Ilustración y el que con mayor urgencia hemos de recuperar. No hay democracia posible sin un alto nivel de *cultura cívica*, lo cual supone potenciar tanto la cultura general de la población como las virtudes cívicas. En el fondo aspiramos al mismo paradigma de ser humano que la polis ateniense; un ser humano que responda al ideal socrático de la *virtud* a través del *conocimiento*, del auténtico conocimiento, que al ser capaz de aprehender lo que es el bien, no puede, de ninguna manera, desear el mal. Ya es hora de que sea una especie propiamente humana, alejada culturalmente de su biológica raíz animal, la que por fin pueble la tierra.

1.10. La nueva cultura cívica

Frente a ello, la casta de los privilegiados se limita a procurar que existan altos niveles de alfabetización técnica, porque estos niveles de alfabetización son necesarios para el adecuado funcionamiento de una maquinaria productiva compleja y sofisticada; pero eso conduce a una *cultura de engranaje* y la cultura de engranaje jamás será motor, de ninguna manera será auténtica cultura.

Para que exista auténtica cultura, resulta ineludible educar a los ciudadanos en el libre desarrollo de la personalidad, lo que supone rechazar los dogmatismos

de todo tipo y fomentar el pensamiento libre y responsable. Es vital educar a los ciudadanos en la virtud cívica, frente a la moderna *cultura del todo vale* y del zarpazo, que sólo sirve para que súbditos interesadamente envilecidos por el poder, normalicen la imposición de la *ley de los fuertes*, que de nuevo sólo favorece a los poderosos.

Es preciso promover el debate, la participación, la libre expresión y difusión de las ideas, como un bien público. Justo lo contrario de lo que se hace hoy, donde sólo se prestan altavoces a las interesadas ideas del poder.

Es preciso promover la moderación, que se haga historia de la moderación política, que la historia no se quede en la exaltación de los gobiernos radicales, de los faraones que sacrificaron sus pueblos por dos o tres pirámides, sino de aquél faraón que prefirió un pueblo alimentado antes que esclavizado; promover también las buenas formas con los demás, que acaban modelando los fondos; luchar decididamente contra la ramplonería, la vulgaridad y la violencia de todo tipo, incluida la de las formas. Bien al contrario se ha de fomentar la tolerancia, la ética cívica, la filantropía, la solidaridad y, en suma, la bondad.

1.11. Hacia un nuevo Derecho

Es preciso promover otro modelo de Derecho, lo cual pasa por desacralizar el supuesto modelo romano-napoleónico, cimentado sobre la obra de colosales déspotas, como Justiniano o el propio Bonaparte. Ciertamente el Derecho Romano tuvo una gran perfección técnica; pero siempre fue un instrumento del poder. La balanza de la Justicia pende de la espada del poder ... o de la lanza de la coacción. El Derecho Romano era un Derecho con una acentuada vertiente coactiva, la que más satisface al poder; de ahí su enorme pr edicamento histórico. No nos engañemos al respecto.

Este Derecho de inspiración romana, aderezado por Napoleón o Bismarck, habría de ser paulatinamente sustituido por un Derecho de raigambre griega, más destinado al reforzamiento de la paideia, de la virtud cívica, a entroncar con los grandes valores de convivencia –y por supuesto reforzarlos-; un Derecho con una vertiente más acentuadamente ética que coactiva.

Todos los caminos que conduzcan a ello deben ser bienvenidos, como la potenciación de la vertiente pedagógica de las instituciones públicas, en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, o la sustitución, en todo lo posible, de un Derecho judicial por un Derecho arbitral, de un Derecho de estricta justicia, por un Derecho de una más flexible equidad; e incluso la preferencia por la mediación y el entendimiento, antes que por el propio arbitraje.

1.12. Virtud democrática frente a corrupción demagógica

Todo lo que sea libertad, debate, o inter cambio pacífico y documentado de opiniones, habría de ser fomentado y no, como hoy, taponado. Es ineludible desterrar la represión mental y expresiva de lo políticamente correcto. En suma, no cabe una Nueva Ilustración sin hacer siembra de cultura popular y, por tanto, de auténtica democracia, frente a la demagogia imperante que es, a fin de cuentas, la democracia degenerada que ha perdido el gran punto de referencia de la virtud cívica y política.

A diferencia de lo que hacían los antiguos ilustrados, hoy acaso esté de más interrogarse acerca de si el ser humano es bueno por naturaleza o no lo es. Ni siquiera es una cuestión que parezca demasiado relevante, pues es palmario que el optimismo o pesimismo antropológico sirvió para justificar sistemas políticos respectivamente más abiertos o cerrados. Lo que de verdad procede es enaltecer el espíritu y, por tanto, la condición humana con una adecuada educación y de lo elevado sólo saldrá altura de miras. No como ahora, que el poder procura más el envilecimiento del ser humano, que nuestra perfección individual y social; de ahí que tantas veces, en lugar de civismo, lo que aflore sea violencia, ramplonería y vulgaridad.

1.13. La responsabilidad educativa es una responsabilidad de todos

La responsabilidad de educar en el sentido correcto la tenemos todos, los políticos por supuesto; pero también la familia y la escuela, que parecen jugar al ping-pong de atribuirse el compromiso social de cultivar a una juventud que más que maleducada, sencillamente no ha sido educada y, en consecuencia, buena parte de nuestra juventud está asilvestrada por la sencilla razón de que ha crecido silvestre. Esta responsabilidad, reitero, la compartimos todos, también las Iglesias o los influyentes medios de comunicación social. No se trata tanto hablar de Dios, como de creer –creyentes y no creyentes– en su infinita misericordia y, en consecuencia, practicar la solidaridad, la indulgencia –nunca excesiva; es decir contraproducente– la humanidad, la comprensión y, a fin de cuentas, el altruismo.

1.14. El talón de Aquiles de los medios de comunicación social

Lo propio hay que decir de los influyentes medios de comunicación social. Es ineludible arbitrar mecanismos que impidan –o al menos limiten– su inserción en las grandes redes de poder; porque mientras estén insertos en ellas, con toda evidencia sólo se dedicarán al dinero y a las demás formas del poder, a costa de lo que sea y por supuesto también de la degradación de la sociedad. No se trata de estatalizar los Medios –que no sería sino otra forma de someterlos a los designios

de los poderosos—, sino de abrirlos a la participación social real y efectiva. De lo que se trata es de fomentar foros, completamente abiertos, de generación y difusión de ideas y desde luego tener muy claro que no puede existir libertad de información cuando, como en la situación actual, los Medios están oligopolizados.

Es más, habría que definir el contenido de la libertad de información, que no es —aunque hoy lo parezca— el negocio de los dueños de los Medios. Para ello se impone comenzar por definir el concepto mismo de información, la cual no puede existir si no conlleva una sólida idea de formación. Una supuesta información no formativa, como la que exalta la violencia, la ramplonería y la vulgaridad, a lo peor puede ampararse, en algunos casos, en la libertad de empresa; pero desde luego no es información y, por lo tanto, no puede ni debe resultar amparada por la libertad de información.

1.15. Conclusiones preliminares

En el Manifiesto no existe una pretensión dogmática y ni siquiera de exhaustividad, por lo que este Manifiesto para una Nueva Ilustración, se limitará a sugerir ideas para un debate que es urgente que se abra y sobre todo extienda, aun cuando sus conclusiones presenten notables diferencias con lo que aquí se expone, que no es sino la opinión —fundamentada en una vida dedicada al estudio— de una persona bienintencionada; pero sujeta a todas las limitaciones inherentes al ser humano y muy especialmente al error.

Llegados a este punto, se presentarán en forma resumida algunas ideas que ya fueron expuestas en mi obra La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea (1998), sobre los requisitos que ha de cumplir un Estado legítimo o, lo que es lo mismo, un Estado respetable —digno de respeto— y como quiera que ya han pasado diez años desde que se publicó aquella obra, se añadirán algunas reflexiones sobre el principio federativo, así como algunas ideas, que también ha expuesto recientemente el autor, sobre la articulación política de esta nueva realidad social, que es el ciberespacio.

No quiero ocultar a nadie que todas estas ideas giran en torno del control del poder, de un poder que es necesario para la vida en sociedad, pero que si no es sometido a un riguroso control ciudadano, en lugar de contribuir a nuestra libertad nos convertirá —si no nos ha convertido ya— en esclavos de una casta de privilegiados.

Tres grandes puntos quedan, pues, por escribir:

- Reflexionar, una vez más, sobre los requisitos de un Estado legítimo, o Estado respetable.
- Reflexionar sobre el significado actual del principio federativo, como mecanismo de equilibrio de poder.

- Plantear la necesidad de una Constitución auténticamente democrática para este nuevo e importante espacio de convivencia social, que es el ciberespacio.

2. REQUISITOS DE UN ESTADO LEGÍTIMO O ESTADO RESPETABLE

2.1. Enumeración de los requisitos del Estado legítimo

Conforme ya expresé con mucho mayor grado de detalle en *La sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea* (1998), siguiendo la línea de este apóstol de las libertades y precursor de una Ilustración que defiera haberle seguido con mayor fidelidad, John Locke, habría que afirmar que cuando el poder del Estado excede de lo que es necesario para garantizar la libertad civil, que no es sino armonía entre las distintas libertades personales, entonces y desde esta misma perspectiva de la libertad civil, el poder del Estado pierde legitimidad en medida idéntica a la de su exceso. Entiendo, pues, que un Estado auténticamente legítimo, o lo que es lo mismo, un Estado respetable, ha de reunir una serie de requisitos, sin el conjunto de los cuales no existe auténtica libertad civil. Tales requisitos, que se reitera deben concurrir todos ellos, y no sólo algunos, son los siguientes:

- Democracia.
- Principio de legalidad y Estado de Derecho.
- Reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.
- Equilibrio de poder en el seno del Estado: división de poderes e independencia del poder judicial.
- Equilibrio de poder entre el Estado y la sociedad civil: una razonable dimensión del Estado.

2.2. El significado profundo de la Democracia

Merece la pena volver la vista a Locke, para decir con él que siendo los seres humanos libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento.

La democracia nunca necesita de *apellidos*, ni en ella tiene la mayoría el derecho de aplastar a la minoría. Esta última corriente se denomina *jacobinismo*, y figura en lugar destacado en el catálogo de las formas de demagogia; es decir, de la democracia desnaturalizada, que ha perdido el gran centro vital y punto de referencia de la libertad civil.

Tanto la democracia como la demagogia apelan al consentimiento del pueblo; pero sólo en la democracia permanecen intactos el resto de los principios que configuran un Estado respetable y legítimo: principio de legalidad, división de

poderes, protección de los Derechos Humanos y mensurabilidad del poder del Estado. Todos estos principios forman parte del mismo e inescindible bloque. Ninguno de ellos es más importante que los demás. Ninguno de ellos existe de forma auténtica sin la concurrencia de todos los demás. Cuando alguno de estos principios se tambalea, el bloque entero de la legitimidad del Estado tiembla desde sus cimientos.

2.3. Principio de Legalidad y Estado de Derecho

En el fondo, lo que se está preconizando es el *Rule of Law*, expresión que para los británicos resume una idea que en el continente viene dada por dos expresiones no exactamente idénticas: Principio de Legalidad y Estado de Derecho.

No se trata aquí de entrar en mayores precisiones al respecto, aunque Estado de Derecho se suele asimilar muy aproximadamente con el bloque antedicho de principios, incluido el de Legalidad, que configuran un Estado legítimo y respetable.

En todo caso, si algo está claro, es que en la vida ordinaria del Estado legítimo, tanto los ciudadanos como el poder público, en cualquiera de sus dimensiones, deben actuar con plena sujeción a la Ley y al resto del ordenamiento jurídico. De hecho es muy razonable exigir al poder que hace la Ley, que no se ponga al margen de ella.

El principio de Legalidad no es posible sin Democracia y en general sin Estado de Derecho. Demasiado a menudo el principio de Legalidad, sobre todo en el presente siglo, ha sido instrumentalizado por dictaduras y demás especies de cesarismos, precisamente para intentar ocultar su carencia de legitimidad democrática; pero malamente cabe que sirva al pueblo una pretendida legalidad que no tiene origen en el pueblo ni puede ser variada por el pueblo, no respeta los Derechos Humanos y no puede ser aplicada y controlada por un Poder Judicial con auténticas garantías de independencia e imparcialidad.

2.4. Derechos Humanos y Ética Cívica

Los Derechos Humanos, sin desdeñar su dimensión jurídica, pues no en vano están incluidos en las Constituciones de los Estados libres y en importantes Tratados Internacionales; tienen, conforme acabo de exponer, un carácter esencialmente moral. Aun a riesgo de ser reiterativo diré que no en vano reflejan los más importantes valores de convivencia; o si se quiere, en términos más neutros, los grandes objetivos de la existencia personal y social del ser humano. Para entender lo anterior, no hay más que reflexionar sobre el significado profundo del derecho a la vida, a la libertad, o a la igualdad, que más allá del Derecho son en sí mismos auténticos valores.

La Ética (etimología griega) o la Moral (etimología latina), se ocupa de los grandes fines, objetivos, o si se quiere valores, que señalan los puntos cardinales tanto de la existencia personal como de la existencia social del ser humano, y en consecuencia la cuestión ética es sencillamente ineludible para un ser racional. Si la moral no existiera, la teoría de la organización llegaría a ella.

Tradicionalmente el problema moral se ha planteado en demasiadas ocasiones de forma totalizante y por eso mismo totalitaria, sin distinguir en absoluto entre ética social y moral personal, que han sido identificadas incluso por la fuerza.

En una sociedad abierta, pluralista y democrática; en suma, en una auténtica sociedad civil, es indispensable separar la moral personal de la ética social y conjugar ambas de una forma armónica e igualmente pluralista. Existen unos *mínimos* para la moral cívica, que se concretan en el respeto por los Derechos Humanos, y en una actitud de diálogo imbuida de la tolerancia activa del que *quiere* llegar a entenderse con el otro.

El gran principio de la libertad vuelve a ser básico en este aspecto, en su vertiente de tolerancia, que fue el centro moral de la verdadera Ilustración, aun cuando su instrumentalización política se olvidase de ella. Todo ser humano es libre de tener los planteamientos morales, en el plano personal, que mejor se ajusten a su razón, creencias y aspiraciones y los demás debemos respetar su opción. Al propio tiempo, la sociedad, en idéntico marco de tolerancia, debe definir las grandes metas, objetivos y valores comunes de la convivencia, los cuales habrán de tener un alto grado de flexibilidad, a fin de que sea posible la convivencia social de personas con planteamientos vitales y morales muy dispares.

Pues bien, el centro de esta ética social son precisamente los Derechos Humanos, de tal manera que cuando en una sociedad pretendidamente pluralista la ciudadanía siente que no existe un referente ético, automáticamente hay que temer por la virtualidad práctica de los Derechos Humanos en esa misma sociedad.

Esta esencia de los Derechos Humanos en cuanto valores morales, a la que no es ajena siquiera su formulación categórica, frente a la hipotética de las normas jurídicas, no impide que los Derechos Humanos participen *además* de las características propias de lo jurídico, pues no en vano se les incluye en las normas jurídicas de más elevado prestigio y jerarquía, de las que es paradigma la Constitución del Estado. De ahí que la contravención de los grandes valores encarnados en los Derechos Fundamentales, constituya a su vez una vulneración de la norma constitucional, que es susceptible de control jurisdiccional.

Si se abunda en el carácter esencial de valores, que los Derechos Humanos poseen, éstos resultan indispensables para una sociedad democrática y pluralista, donde todo ser humano tiene el derecho de pensar, opinar y actuar de forma libre y también, por supuesto, en el terreno ético y moral. Se requieren pues unos grandes

valores de convivencia, inspirados en este mismo pluralismo, que permitan un norte común para personas con éticas y comportamientos muy dispares, y eso son precisamente los Derechos Humanos.

Terminaré diciendo que hemos de evitar caer en la hipocresía de unos Derechos Humanos, supuestamente universales, pero de eficacia en la práctica restringida, cuando no regida por criterios de tipo racista. ¿Por qué la reacción mundial por la muerte masiva de croatas, por ejemplo, y la pobre intervención mundial en Dakar o en Ruanda?

2.5. Equilibrio de poder en el seno del Estado: División de poderes

No perdamos de vista a Locke, y recordemos que la salvaguardia de las libertades es la finalidad máxima y principal de los seres humanos reunidos en comunidad política. Si ello no era posible sin Rule of Law, tampoco lo es sin división de poderes y menos sin la existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial.

Ya al margen de Locke, se dirá que en el binomio libertad y poder, la libertad sólo es posible cuando el poder no se halla concentrado en unas solas manos. En todos los ámbitos, la división y equilibrio del poder es esencial, *conditio sine qua non*, para salvaguardar la libertad.

Sea como fuere, y aun cuando en las formas de gobierno parlamentarias, como la española, el clásico esquema tripartito de la división de poderes, a través del mecanismo de los partidos políticos tienda a reducirse a una dualidad, uno de cuyos polos es el binomio Ejecutivo-Legislativo y el otro el Poder Judicial, no por ello hay una quiebra absoluta del principio, a condición de que el Poder Judicial quede al margen de las apetencias de poder de los partidos políticos.

Cuando el Estado de Partidos, que ya ha reducido a un solo poder la original dualidad entre el Legislativo y el Ejecutivo, penetra además en el Poder Judicial, se completa el proceso de aniquilación de la división de poderes, con el consiguiente riesgo, inminente y grave, para la libertad civil.

2.6. Equilibrio de poder entre Estado y sociedad civil: Una razonable dimensión del Estado

El Estado Liberal se ha inspirado, desde su origen, en una omnipresente idea de equilibrio: Equilibrio de poder en el seno del Estado (división de poderes), equilibrio de poder en el seno de la sociedad civil (a ello atiende el mecanismo regulador *natural* de la *mano invisible del mercado* de Adam Smith), y también, aunque menos explícito, un equilibrio de poder entre el Estado y la sociedad civil, que inicialmente operaba por reparto de roles: el Estado era el encargado de

producir un orden de libertad, mientras que a la sociedad civil correspondería la producción de bienes y servicios.

Sería erróneo suponer que el Liberalismo, incluso en sus orígenes, haya excluido cualquier tipo de intervención estatal, por lo que el reparto de roles apuntado, ha jugado sólo de forma orientativa. De hecho, el propio Adam Smith nada tiene que objetar a que el Estado asuma un papel protagonista en ámbitos tales como las obras públicas, e incluso la beneficencia, en la que se halla el germen remoto del moderno sistema de prestaciones sociales. A tal efecto me remito a la *lista* de funciones del Estado que figuran enumeradas en dos páginas de su *Investigación sobre la naturaleza y causas de la Riqueza de las Naciones* (1776).

Sin embargo, apenas 75 años después de que Adam Smith escribiera la *Riqueza de las Naciones*, comenzó a desarrollarse una percepción social de que la mano invisible del mercado, por si sola, no garantizaba unos niveles razonables de igualdad, y por lo tanto, el equilibrio interno de la sociedad civil. El Socialismo intentó corregir los desequilibrios internos de la sociedad civil, a través de una potenciación, en mayor o menor medida, del papel del Estado. Las corrientes socialistas más radicales pretendieron nada menos que suprimir la dualidad entre sociedad civil y Estado, y precisamente esta praxis *soviética* fue la que se hundió en un estrepitoso fracaso histórico. En contraste con el autodenominado *Socialismo real*, la Socialdemocracia se limitó a potenciar el papel del Estado, que de esta forma pasaría a producir no sólo un orden de libertad, sino también bienes y servicios. A tal efecto contó en este siglo con la inestimable ayuda del Neocapitalismo, escéptico a su vez ante los mecanismos autorreguladores del mercado, una vez constatadas las gravísimas consecuencias del *crack* bursátil de 1929.

En resumen, el restablecimiento de los equilibrios internos de la sociedad civil, bajo la bandera de la igualdad social, se llevó a cabo a través de la generación del germen de un nuevo desequilibrio entre la sociedad civil y el Estado, que quedaba apoderado para un intervencionismo ilimitado.

Nadie que goce del necesario espíritu de moderación, puede razonablemente preconizar que se suprima la actividad económica y social del Estado; pero tampoco puede estar de acuerdo con la actual, desmesurada e injustificada extensión del Estado. En la actualidad el poder del Estado ha superado con creces el punto de equilibrio con respecto a la sociedad civil. Ello no significa que se niegue el intervencionismo estatal, sino que dicha intervención no puede ser indiscriminada, sino debida y puntualmente justificada y justificable en favor de la libertad civil y no en contra de ella. Acaso el papel del Estado deba reforzarse en determinados campos, para tener por ejemplo una Justicia eficaz, o un medio ambiente saluda-

ble; pero no es en absoluto justificable el control de importantes medios de comunicación social, o en general de empresas cuya actividad en poco o nada se relaciona con el interés colectivo. Hoy más que nunca es preciso determinar para qué queremos Estado y tener muy claro que su poder, incluido el económico, en ningún caso debe llegar a un punto en que el dirigismo sobre la sociedad civil, sea algo más que una amenaza.

En el último cuarto del siglo XX habíamos asistido a la crisis del Estado Social, probablemente debida a que la intervención del Estado se convirtió en *intervencionismo*, porque ha ido mucho más allá del propósito de reforzar la libertad a través de una mayor igualdad social. Llegados a este punto la intervención del Estado ya no sirve para equilibrar las relaciones de poder en el seno de la sociedad civil, sino que se orienta directamente a la potenciación del Estado y al dirigismo de éste sobre la sociedad civil.

Si en el Liberalismo práctico los poderes, esencialmente económicos, imperantes en la sociedad civil, generaban desigualdad social, y estaban en situación de imponerse, incluso frente al propio Estado; en el Socialismo práctico es el poder del Estado el que se ha impuesto a la sociedad civil.

La respuesta a esta situación, que es la actual, y que en ocasiones no depende mucho del color político de la mayoría gobernante, porque favorece el poder de todas ellas, debiera ser obvia. Se trata de buscar un punto de equilibrio de poder entre el Estado y la sociedad civil, que en las actuales circunstancias pasa, en líneas generales, por la reducción del poder del Estado y la potenciación del poder civil. Pero esto ha de ser así en líneas generales y no en cualquier caso y a toda costa. En favor de la reducción del poder del Estado juega hoy la presunción, de tal forma que la justificación de mayores intervencionismos puntuales, ha de correr con la carga de la prueba. Veamos ahora algunas propuestas concretas que ya planteé en 1998, a modo de ejemplo, con el fin de entender lo que significa proponerse la reducción del papel del Estado, lejos de los demasiado frecuentes proyectos dogmáticos y extremistas:

- Lo importante no es la privatización sistemática, sino la búsqueda de un punto de equilibrio de poder entre la sociedad civil y el Estado.
- Racionalidad y probidad en el gasto público.
- La política de privatizaciones habría de circunscribirse básicamente a aquellos ámbitos de intervención del Estado que menos afecten a los objetivos de nivelación social y de libertad civil. Los recursos obtenidos se afectarían a la amortización o cuanto menos a la reducción significativa de la Deuda Pública.
- La promoción de la igualdad social por el Estado no significa necesariamente que éste deba gestionar de forma directa los servicios públicos.

2.7. Allá donde existe pobreza, el primer objetivo del Estado ha de ser erradicarla

Soy consciente de que lo que he escrito en el último epígrafe responde a preocupaciones propias de países desarrollados. Como me han recordado muy bien mis amigos del otro lado del charco en Estados de otro entorno, como la mayor parte de los que integran la Comunidad Iberoamericana, por ejemplo, nunca ha regido el Estado Social; y lo que es peor, han importado esquemas neoliberales que no pueden dar una respuesta cabal a las necesidades de sociedades con un setenta y hasta un ochenta por ciento de pobres, de forma que sistemas tan básicos como el de salud no alcanzan de manera mínimamente satisfactoria a toda la población y ni siquiera pretenden hacerlo, lo que es de todo punto inaceptable.

No es que, en el fondo, no lo haya dicho. Basta con releer el párrafo que alude a lo que se planteó apenas 75 años después de 1776, más o menos en el entorno del proceso revolucionario europeo de 1848; pero sin duda tienen razón mis amigos del otro lado del charco, en que he de abordar directamente este problema. Uno de ellos dice con toda la razón: la cuestión es todavía más punzante en nuestra América Latina, donde la Ilustración no logró, sino muy marginalmente, proyectar su ideario incumplido y frustrante, donde todavía hay, los flagelos de la corrupción, el narcotráfico, la violencia, pero sobre todo, la pobreza y la desigualdad, que claman al cielo, fustigan a quienes todavía se atreven a no cerrar los ojos...

También yo tengo muy claro, como reza el presente epígrafe, que allá donde existe pobreza, el primer objetivo del Estado ha de ser erradicarla; pero en este tema, como en casi todos, hay que procurar que el cerebro siempre esté por encima de la viscera, por bienintencionada que ésta sea. Los datos son muy crudos, casi crueles; pero son datos: los países que mejor han hecho los deberes a la hora de salir del subdesarrollo –que en última instancia es de lo que se trata– y muy señaladamente los asiáticos, han aplicado recetas características del liberalismo económico. También en Chile esto ha sido así.

Dicho lo anterior, añadiré que no se pueden pedir más sacrificios a quien no tiene capacidad de sacrificarse, sencillamente porque ni siquiera le quedan reservas de tejido adiposo para hacerlo. Aparte de que es antinómico con la inteligencia –y la prudencia– política pretender gobernar una sociedad en la que la inmensa mayor parte de los ciudadanos no tiene nada que perder. Las recetas liberalizadoras, que son las únicas con potencial demostrado para sacar a los países del subdesarrollo, han de venir acompañadas de medidas destinadas a luchar contra la extrema pobreza. En ello también tenemos responsabilidad los países de este lado del charco; para eso está la cooperación al desarrollo y la cooperación al

desarrollo no es caridad, del 0,7 ó de cualquier otro tipo, es cooperación al desarrollo; no es dar peces ni generar más y más caritativas ONG dependientes de los presupuestos del Estado, es enseñar a pescar y, por supuesto, construir piscifactorías...

En el fondo también dije algo de eso, cierto es que en el plano de las ideas, en La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea (1998). Lo que señalé es que el Liberalismo y el Socialismo, correctamente entendidos, son ideas complementarias y no contradictorias. Si el gran ideal del Liberalismo democrático es la libertad, lógicamente ha de tratarse de una libertad para todos, lo que presupone unos niveles razonables de igualdad, no sólo en el sentido formal, sino también en el material de igualdad social. En idéntico sentido, el Socialismo democrático puede poner el acento en la igualdad material; pero sólo hasta cierto punto, aquél en el cual el excesivo reforzamiento del poder del Estado acaba resultando letal para la libertad civil. Al igual que en la obra citada he de insistir en la necesidad de una reconciliación constructiva entre Liberalismo y Socialismo: ni la tendencia que centra el mal en la sociedad y el bien en el Estado, ni aquella otra que ve el bien en la sociedad y el mal en el Estado, son sostenibles, salvo demagógicamente.

Si bien lo pensamos, de esta tríada de principios de la vieja Ilustración que son libertad, igualdad y propiedad, la única diferencia entre un Liberalismo y un Socialismo cabales, es que el Liberalismo pone un poco más el acento en la libertad, mientras que el Socialismo hace lo propio con la igualdad. Racionalmente las diferencias no debieran ser mucho más que de estricto matiz. ¿Y qué sucede con la propiedad? Ahí se sitúa el denominado Neoliberalismo que, como las otras dos ideologías es susceptible de excesos, como los que se dan en el momento presente, en el que el excesivo acento puesto en la desregulación llega a contravenir postulados básicos del Liberalismo, como el que está presente en el Primer Tratado sobre el Gobierno Civil de Locke –la refutación a Filmer– y es que no puede haber libertad fuera del orden legal. Más allá de él, lo único que existe es la ley de la selva, la ley de los fuertes y, en consecuencia, la colación del único neoliberalismo que conozco, el del exceso, me he visto obligado a decir, alguna vez: no soy Neoliberal, porque soy Liberal.

3. NUEVAS CUESTIONES EN EL ENTORNO GLOBAL

3.1. El principio federativo, como mecanismo de equilibrio de poder: Hacia una Federación Global

Entre los años 2001 y 2004, me correspondió dirigir la Tesis Doctoral del mexicano Xavier Díez de Urdanivia, sobre *El Estado en el Contexto Global*(2008),

en la que el entonces doctorando y hoy Doctor, con los máximos honores, apunta las soluciones de la actual crisis de la soberanía estatal, en los sistemas de soberanía compartida que siempre han sido característicos del principio federativo.

La nueva federación habría de integrar las organizaciones políticas de distintas escalas en un nuevo marco político de coordinación global, desde el más pequeño de los municipios y hasta barrios, hasta la esférica nave común en la que se mueve el destino de los seres humanos en el Universo; desde las naciones hasta los Estados, pasando por federaciones, confederaciones y comunidades supranacionales. Todo ello, por supuesto, sin olvidarse de las grandes redes de poder global, que retan hasta doblarlo, el poder de los viejos Estados soberanos.

La nueva *res publica* –ya que no Estado– global tiene mucho que ver con la *federación de naciones* que propusiera Emmanuel Kant, en su obra sobre la paz perpetua. De la visión prospectiva de un genio, probablemente *el último ilustrado*, se ha pasado a una realidad articulable, si bien la dinámica de las redes de poder difícilmente hará de ello una empresa fácil.

Sigue en pie la advertencia de Kant de que una federación de naciones ha de construirse de manera que se dificulte la preponderancia basada en el poder militar. No se trata de crear un Estado mundial que asegure la paz, a costa de una concentración de poder no sujeta a equilibrios externos, que acabe por aniquilar la libertad. Se trata de un federalismo de nuevo cuño, basado, por supuesto, en los clásicos principios de cooperación y subsidiariedad; pero también en un equilibrio de poder político a escala global, que es incompatible con una forma política mundial soberana y, por lo tanto, con un Estado global. La soberanía, para que pueda pertenecer a los ciudadanos del orbe –sus titulares legítimos– y ya nunca más a un Leviatán con espada y báculo que intente ser émulo de la divina omnipotencia, habrá de estar repartida de forma equilibrada entre los distintos niveles concéntricos que integren la federación. Para que se me entienda mejor, lo que digo es que *el todo no puede ser soberano con independencia de las partes, ni las partes pueden ser soberanas con independencia del todo* . Este es el *nuevo federalismo* que propugno; también a nivel global.

3.2. Nación y Estado

Frente al moderno y a veces intencionado error, tan presente en la politología contemporánea, de llamar a todo Estado Estado-nación ¡como si la nación fuese un predicado del Estado!, hay que distinguir claramente ambas realidades, lo que no deja de ser necesario, toda vez que existe una eterna confusión sobre lo que la nación significa, dado el carácter polimórfico del concepto, por lo que es importante aquí destacar la importancia de uno entre los muchos conceptos de nación, que se suele atribuir al romanticismo, sin darse cuenta de que, al ser el más autén-

tico y referirse a lo que a fin de cuentas es una comunidad humana, ha de hundir forzosamente sus raíces en la historia, hasta el punto de que podemos encontrarlo incluso a finales del siglo XIII, en el cronista francés Froissart, por ejemplo. Se trata de la concurrencia, en un colectivo humano, de dos grandes factores, uno o varios elementos culturales *fuertes* –entre los que muy a menudo se halla presente la lengua– y otro factor de carácter psicosocial, que es la *voluntad de formar un ser colectivo*, que es el que acaba de articular un *nosotros* a gran escala –incluso metaterritorial– característico de los grupos nacionales.

La nación –al menos en su acepción más clásica– es una realidad social, o si se quiere psicosocial, mientras que el Estado es una forma política. Obvio es decir que sociedad y política no pueden transitar por vías demasiado dispares, por lo que alguna correspondencia ha de haber entre nación y Estado o, si se quiere, en términos más amplios, entre nación y forma política, sea ésta o no de carácter estatal. Lo más característico del romanticismo no es tanto alumbrar una idea de nación –que le preexiste con muchos siglos de antelación– como la afirmación de la correspondencia entre nación y Estado –que tampoco deja de preexistirle–. Pascual Estanislao Mancini ve en la nación italiana el soporte social del Estado italiano, y es lógico que así sea en una época donde el Estado estaba en su apogeo como paradigma de las formas políticas. Un ente político coherente –Estado– es lógico que se construya sobre un entramado psicosocial coherente –nación–. Por eso el Estado-nación, el auténtico Estado-nación, fue considerado durante mucho tiempo como una forma política *perfecta*. La discordancia de ámbitos entre nación y Estado siempre ha sido conflictiva, bien sea para separar... o para unir. Esta es, precisamente, una de las grandes paradojas de las modernas citas de Mancini, a quien evocan muchos de los que tratan de separar, cuando él, en Italia, lo que realmente pretendía era unir.

Otro de los grandes despropósitos de las actuales invocaciones de la nación, singularmente en España –o mejor dicho, en Las Españas– consiste en dar por supuesto que toda nación tiene un presunto derecho natural a ser Estado. Nada más anacrónico y falso que defender una postura así en esta sociedad postcontemporánea, marcada por la profunda crisis de la soberanía del Estado. El derecho natural de los grupos nacionales lo es al reconocimiento político de su identidad, o en otras palabras a dar contenido político a sus necesidades consustanciales de autoidentificación colectiva, que en época de Mancini se expresaba –casi necesariamente– en una forma política estatal; pero seguir idéntico planteamiento en la postcontemporaneidad sería casi tanto como ignorar que el mundo se mueve, como empeñarse en ser soberano, cuando ni siquiera la gran potencia es ya un ente propiamente soberano.

Las realidades nacionales son, además, complejas, y la articulación política de las mismas añade tintes de mayor complejidad. Desde naciones en diáspora,

como la judía o la gitana, hasta naciones distribuidas en varios Estados, como la catalana o la irlandesa, o Estados integrados por una sola nación, cuya estructura no es unitaria, sino federal, como EE.UU. o Alemania.

3.3. España, algo más que un Estado: Una Nación de naciones

El marco federal en el más amplio y moderno de los sentidos, como fórmula convivencial entre grupos sociales marcados por características de diversidad –en el que se inserta el modelo español de Estado de las Autonomías– es perfectamente adecuado, suficiente y legítimo, para dar cabida política al derecho natural de autoidentificación de los grupos nacionales que, reitero, en la postcontemporaneidad no puede ni debe resumirse en una forma política estatal soberana y mucho menos unitaria. De ahí que las presuntas propuestas federalizantes del Estado español resulten sorprendentes, porque federalismo convivencial ya existe en España, de forma que la reclamación de federalismo nominal conduce a la reivindicación de algo tan arcaico como absurdo. Arcaico por cuanto que se centra en el nominalismo de una soberanía necesariamente irreal, más allá de los contenidos concretos de poder y de sólidas garantías institucionales –*securities* jurídicas– de los mismos, que están sobradamente satisfechas en el modelo español de Estado de las Autonomías. Absurdo no sólo por lo ya dicho, sino por cuanto que una soberanía compartida nunca ha podido ser técnicamente soberanía –que desde Bodino significa *plenitudo potestatis* y lógicamente varios poderes plenos son excluyentes– sino una fórmula convivencial práctica, que mucho más allá de lo teórico es lo que el federalismo siempre ha sido.

La complejidad de la articulación política de las naciones se incrementa en las naciones de naciones, que fuera la definición de España que diera con acierto Lázaro Dou en las Cortes de Cádiz. Pensar que la complejidad característica de las comunidades humanas no se dé en los grupos nacionales, sería ilusorio, precisamente porque, sea cual fuere la causa y guste más o menos, el mundo se mueve. La nación, incluso si solamente se adopta el concepto aquí reseñado de grupo social definido por la lengua y/o otros elementos culturales fuertes y voluntad de formar un ser colectivo, puede ser más plural de lo que a priori pudiera parecer. Personalmente entiendo, con Lázaro Dou, que España no es sólo un Estado sino también una nación, aunque ciertamente una Nación de naciones. No sólo existe una lengua que todos hablamos, sino multitud de elementos culturales compartidos y generados por siglos de historia común, así como un sentimiento muy extendido de identidad colectiva, que sólo intentan romper aquellos que son incapaces de asumir que una nación puede ser también una nación de naciones, bien porque lleven en el tuétano la franquista expresión de *una grande y libre*, con una unidad agresiva frente a la realidad plural, una grandeza que desgraciadamente

no se expresaba en altos niveles de vida y una libertad de la que se presumía en la misma medida en que se reprimía; bien porque las inagotables aspiraciones de poder de algunos líderes nacionalistas les lleven a reforzar el particularismo de sus propias identidades nacionales a costa de y no junto a la identidad nacional común a todos los españoles.

3.4. Los grandes transatlánticos culturales: La Comunidad Iberoamericana de Naciones

Incluso en el mundo de hoy se vislumbra el camino de la uniformidad cultural, que en la postcontemporaneidad se extiende más y más con el desarrollo de la tecnológica sociedad de la información y lleva trazas de convertir a la sociedad del género humano en una inmensa nación de naciones, o acaso en una inmensa nación de Estados, naciones y naciones de naciones, que necesariamente, más tarde o más temprano, requerirá de una articulación política global, en este federalismo convivencial de nuevo cuño.

En el actual marco nacional y federal global, cobrarán un renovado protagonismo los que en ocasiones he denominado grandes *transatlánticos culturales*. Tenemos el privilegio que uno de los dos que existen sea nuestra entrañable Comunidad Iberoamericana de Naciones –como también me gusta denominarla–, expresión moderna –aunque por desgracia carente casi por entero de identidad política– de *Las Españas* en el más amplio de los sentidos. También tenemos la fortuna de que la actual dimensión de la vieja España europea, la haya alejado definitivamente de su antiguo papel de gran potencia, por lo que nuestra Comunidad Iberoamericana de Naciones puede ser de verdad un marco convivencial entre iguales sin riesgos neoimperialistas.

Las Españas, en este sentido transatlántico, constituyen también una nación de naciones, muchas de las cuales se integran por un sincretismo cultural de raíces indígenas y hasta africanas, como se percibe en el deseable florecimiento de un sano indigenismo, que tiende a evitar el sacrilegio de la destrucción de muchas y muy nobles identidades culturales; bien es cierto que también se producen excesos de visceralismo demagógico antiespañol, basado en imposibles –aparte de poco documentados– juicios a la historia, que no hace falta ser muy inteligente para darse cuenta de quién los promueve. En todo caso el importante vehículo de la lengua común, al menos en el estricto marco de la Comunidad Hispanoamericana, e incluso la vecindad semántica del castellano y el portugués, hace que en la sociedad global de las telecomunicaciones se multipliquen las oportunidades. Piénsese, sin ir más lejos, en el teletrabajo, que permite, por ejemplo, que la maquetación de un libro que se imprime en España se haga en México, por ejemplo, o que un informático peruano solucione de forma remota problemas técnicos

de un ordenador radicado en Bolivia. La no existencia de barreras lingüísticas facilita mucho la integración de actividades y consecuentemente la prosperidad económica en el marco global, por lo que el deseo de algunos de bajarse del transatlántico para montarse en una chalupa, resulte poco comprensible racionalmente.

Por fortuna también la Comunidad Iberoamericana de Naciones es, a día de hoy, plenamente capaz de generar una *crema de la intelectualidad*, que está, sin ningún género de dudas en la *punta de lanza del pensamiento jurídico-político mundial*, y no me refiero sólo a Xavier Díez de Urdanivia, que es de mi generación o incluso la sobrepasa, sino a jóvenes valores, rigurosa y sólidamente formados, como el mexicano Juan Pablo Pampillo, o el colombiano Andrés Botero Bernal, quienes todavía no han llegado a la mitad de la treintena, o el argentino Carlos Saltor, que está en la segunda mitad y sin embargo han desarrollado una obra consolidada y marcada por entero por el signo de la madurez. Además he de agradecerles sus valiosos comentarios al borrador de *Manifiesto*, que he tenido en cuenta en su redacción final. También agradezco al argentino Ramón E. Ruiz Pesce y a los españoles Ángel Sánchez de la Torre y José Iturmendi Morales, que me motivaran a redactar el presente *Manifiesto*, el primero desde el Proyecto *República, Escuela y Democracia*, del que me invitó a compartir la Dirección y los españoles, en el marco del Seminario de Filosofía del Derecho, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Es a la gente de la generación de Botero, Pampillo y Saltor, a la que dedico especialmente este *Manifiesto*, sin olvidarme de los demás, porque, como acabo de decir, están siendo capaces de desarrollar un nuevo pensamiento jurídico-político iberoamericano, que está en punta de lanza del pensamiento jurídico-político mundial, en cuya construcción podéis y debéis participar todos vosotros, adalides del pensamiento sólido –y no sólo los referidos–, sin ningún complejo.

3.5. El mundo es un ovillo... de fibra óptica: El nuevo capitalismo

Conforme escribí en mi artículo *Del Derecho Informático al Derecho del Ciberespacio y a la Constitución del Ciberespacio*, conferencia pronunciada con pocos días de diferencia en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de Manizales, e inmediatamente publicada en la revista *Iuris Tantum* de la Universidad mexicana Anáhuac (17/2006), la auténtica revolución que ha transformado el mundo en un espacio global no se halla en el comercio transfronterizo, que ha existido siempre y en el capitalismo, en definitiva, sino en las telecomunicaciones. No nos engañemos al respecto. El capitalismo extiende su poder, hoy prevalente, a las telecomunicaciones; pero el fenómeno auténticamente revolucionario, desde el punto de vista de la existencia del mundo como espacio global, se halla en las telecomunicaciones y no en el capitalismo. El capitalismo no es globalizador ni mercantilista, ni liberal ni proteccionista, ni nada en especial. El

capitalismo sólo es capitalista, sólo es lo que le conviene. Cuando le han convenido los mercados fragmentarios ha sido proteccionista y cuando concluye que le interesan los mercados globales, neoliberal. Reitero: Lo auténticamente determinante en la creación de la globalidad y no sólo de los mercados, ha sido la expansión de unas telecomunicaciones transfronterizas, porque en sí mismas no son espaciales, sino metaespaciales. Por no necesitar espacio, no requieren ni siquiera del soporte material de unos cables, basta con el soporte energético de las ondas de diversos tipos. Telégrafo, teléfono, radiodifusión, televisión, Internet, multimedia...

Poco a poco se creó una *sociedad global de las telecomunicaciones*, una aldea global, en la gráfica expresión de Mc Luhan, que ya se ha convertido en una *Telecivitas Universal*, cuya savia vital es la información y la información acaso admita diástoles; pero nunca sístoles. *Ya nada puede ser nunca más local, ni mucho menos aldeano*; ni, por supuesto, las *finanzas*, que se basan en apuntes contables, en información, a fin de cuentas, que circula libremente por este metaespacio que es el ciberespacio, sin que tenga que radicar físicamente en ningún lugar determinado; ni tampoco es preciso que el *comercio* se sujete al espacio. Se trata del comercio electrónico, que es mucho más que el comercio a través de Internet y cuando dicho comercio opera sobre bienes no tangibles, particularmente bienes que son información, como música, imágenes o dictámenes jurídicos, se cierra el ciclo de la desespacialización, o, si se quiere, desterritorialización, o deslocalización del comercio. Más allá del comercio electrónico, existe el *cibercomercio*, que es comercio no espacial, ni siquiera en el producto, que no es material. Lo que hemos visto en el capitalismo financiero y en el capitalismo comercial, se reproduce también en el *capitalismo industrial*. La empresa –industrial– más potente del mundo tiene su núcleo centrado en la producción de software; es decir, información, ¿y qué decir de la música, el cine, los videojuegos...?

3.6. Un espacio global generador de una nueva cultura

De la misma manera que el núcleo del capitalismo está ya fuera del espacio, en este metaespacio que es el ciberespacio, en otros grandes componentes del sistema social de la conducta, está sucediendo lo mismo. En otras partes de mi obra, como la *Teoría Estructuralista del Derecho* (2006) defino la estructura social global, o si se quiere el macrosistema social de la conducta, como una realidad integrada por tres subsistemas básicos, el económico, el psíquico y el físico-coactivo, pues no en vano el gran sistema social de la conducta refleja las tres dimensiones básicas del ser humano, en cuanto ser físico, ser vivo –y por lo tanto con necesidades– y con psiquismo superior. En este sentido, el subsistema *psíquico*, el integrado por los condicionantes psicológicos de la acción humana –que ciertamente es movida por ideas y pasiones–, lo que otros denominarían *la cultura*, se halla ya sustancialmente en el ciberespacio.

Todo el aparato simbólico de la acción humana, que tradicionalmente ha tenido su centro de gravedad en la religión, como principal universo de los símbolos y del propio actuar psíquico, hoy lo tiene en el ciberespacio. Las modas, los juegos, los espectáculos de todo tipo, sustancialmente los deportivos, las marcas comerciales, constituyen todos ellos un universo de símbolos *neopagano*, que radica en el ciberespacio. Se trata de un universo coyuntural, movido, sin duda, desde las empresas que controlan los símbolos y, por lo tanto, movido por el capitalismo; pero, de nuevo, no lo ha creado el capitalismo y existe por su propia dinámica ajena al capitalismo, si bien, en las actuales coordenadas del poder, necesariamente asociada con él.

La consecuencia de esta uniformidad cultural de la especie humana, con una diástole como la helénica, pero sin posible sístole, es una neoestoica *societas generis humani*, que está convirtiendo a todo el orbe en una sola Nación o, si se quiere, en una gigantesca Nación de Naciones, en la que ya existe una uniformidad cultural. Un niño colombiano, español, inglés o de Hong-Kong tiene patrones culturales mucho más parecidos que los que hace ni siquiera cincuenta años tenía un niño catalán, con respecto a un niño extremeño, dentro de la propia España.

3.7. Una nueva política para un nuevo espacio: El ciberespacio metaespacial

Hoy se necesita una política –y un Derecho– que atienda a la realidad crecientemente ciberespacial y, por lo tanto, metaespacial en que se desenvuelve la mayor parte de la dinámica social; aunque ello tropiece con el núcleo de la dinámica política, el de lo físico-coactivo, que es constitutivamente material y por lo tanto espacial, como los fragmentarios Estados que lo encarnan... y espere-mos que algún día consientan en federalizarlo.

Se necesita, pues, que la cibersociedad civil genere un nuevo poder constituyente para la *Telecivitas* que ha de globalizar la Nación de Naciones que es hoy, ya, la *societas generis humani*; un poder constituyente no basado en la fuerza, sino en la razón. Este poder constituyente no ha de ser tanto internacional, como metanacional, por lo que su lugar propio no está en Naciones Unidas, en la ONU, que es el último residuo global de la sístole estatal, sino en una nueva organización ciberespacial, cuya sede principal debiera radicar en el propio ciberespacio. Ciertamente, si desde Naciones Unidas se apoya la constitución del embrión de una organización constituyente del ciberespacio, bienvenido sea el apoyo, porque los aspectos metaespaciales del proyecto, guardan fuertes concomitancias con los aspectos internacionales que seguirán existiendo, toda vez que los Estados –al igual que las viejas naciones–, aunque evolucionarán, seguirán –a su vez– existiendo; por la sencilla razón de que una parte del mundo sigue siendo material y, en consecuencia, territorial y porque la cultura universal no debe ser incompatible,

sino complementaria, de la amplia riqueza cultural fragmentaria, alumbrada en largos siglos de rica Historia de la Humanidad.

Una organización política cuyo ámbito natural sea el ciberespacio, ha de partir, en cuanto a sus competencias *naturales* de la idea federalista de Proudhon, en la que se inspiraba asimismo Pi i Margall. Corresponden a la *Telecivitas*, o *Gobierno del Ciberespacio* todas aquellas competencias que atiendan directamente a la regulación del ciberespacio y eso es, sustancialmente el Derecho de la Informática o Derecho de la Telemática, que va más allá del Derecho en Internet.

3.8. Hacia la Constitución del Ciberespacio y la Declaración de Derechos del Ciberespacio

Es cierto que la utopía de Kant, que se refleja en su opúsculo sobre *La Paz Perpetua*, conduce a una Federación mundial y, esta idea, con los oportunos retoques derivados de los nuevos tiempos, como se ha visto, sigue siendo acertada. Mi idea acerca de la Constitución del Ciberespacio es complementaria, pero distinta. Independientemente de que la Macrofederación global pudiera tener competencias directas de Gobierno del Ciberespacio, dicho *Gobierno del Ciberespacio* podría ser asimismo una entidad distinta, no ya extraterritorial, sino *aterritorial*. Un *nuevo tipo de entidad política, de naturaleza distinta de la estatal*, integrada no por territorio, población y organización soberana, sino por ciberespacio, ciudadanía universal y exclusiva competencia en todo lo que tuviera que ver con la ordenación del ciberespacio.

Una entidad constitutivamente ciberespacial y, por lo tanto, metaterritorial, no puede ser un Estado, que es constitutivamente territorial. De forma que su *territorio* sería este *metespacio* denominado *ciberespacio*, en el que radicaría. *Una organización de estas características, no es imprescindible que esté asentada territorialmente, ni que tenga sede física... aunque pueda tenerla, incluso a través de un Estado medial, si se considerase oportuno; pero su lugar propio es el ciberespacio y no tiene por que radicar ineludiblemente en ningún espacio físico concreto. Lógicamente la población seguiría un principio de ciudadanía universal, sin ninguna concesión, en este punto a la división del mundo en Estados, puesto que su base social, como antes se decía, es la *societas generis humani*. Por último, la organización política característica del Gobierno del Ciberespacio, sólo sería soberana en el sentido federativo de reclamar la exclusiva competencia en la organización de su ámbito característico, el ciberespacio.*

La *Telecivitas*, o *Gobierno del Ciberespacio* se articularía jurídicamente a través de una *Constitución del Ciberespacio*, que debiera ser aprobada en dicho ámbito por todos los ciudadanos del mundo que quisieran participar, mediante *referéndum* que debiera ser articulado por un complejo sistema de voto digital. En

todo caso, tan importante como el referéndum, sería que la Constitución del Ciberespacio se articulase a través de una amplia participación social, lo cual es perfectamente factible en *La Red*.

Una Constitución de estas características, aun partiendo de un Poder Constituyente Universal, obviamente democrático y directo, de forma realista debiera contar con el asentimiento de los Estados a su existencia y marco competencial, por lo que la organización promotora del Gobierno y la Constitución del Ciberespacio debiera actuar bien en el marco de Naciones Unidas y buscar el reconocimiento de los Estados, de su organización y actividad, mediante Tratados Internacionales Universales; bien articulando iniciativas políticas, normalmente bajo la forma de partidos políticos internacionalmente federados, que tuviesen esta iniciativa como núcleo de su actividad política en el seno de cada Estado.

La Telecivitas, la nueva Civitas Máxima, la cuarta y probablemente *última Roma*, complementaría la Federación Mundial que imaginara Kant en *La Paz Perpetua*. Todo está abierto, todo es posible, incluso un novísimo tipo de Federación que integre la Federación Mundial –que acaso sea algo más que una Federación de Estados– con una Telecivitas que, desde luego, no es un Estado, con lo que la pragmática idea federal daría lugar a una postrera gran Federación de entidades que ni siquiera han de ser necesariamente Estados o partes de un Estado. Como acabo de decir, todo está abierto a la capacidad creadora del ser humano. Emplémosla, pues, en el sentido correcto...

Por lo que se refiere a la *Declaración de Derechos del Ciberespacio* podría estar integrada en la Constitución del Ciberespacio, o plantearse fuera de ella. Este es un tema que fue muy *popular* en 1998, al coincidir con el 50º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, e incluso existen borradores, de los que uno de los más conocidos es el de Gelman, cada día más difíciles de encontrar en Internet, pues muchos *links* remiten a páginas web inactivas, lo que no es, precisamente, el mejor de los augurios sobre la *fortuna* de tales borradores. En todo caso una Declaración de Derechos del Ciberespacio es necesaria, y en ella se sintetiza y resume, sin duda, una nueva *generación* de derechos Humanos.

Sin duda, el hecho de que este *Manifiesto* se escriba en 2008, cuando conmemoramos el 60º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, podría ser el momento idóneo para retomar no sólo la idea de una *Declaración de Derechos del Ciberespacio*, sino también para promover y actualizar la clásica utopía de Kant sobre la *Federación Mundial* y la moderna utopía que aquí se expresa, sobre la *Constitución del Ciberespacio*.

LOS SISTEMAS ELECTORALES COMPARADOS

ALBERTO RICARDO DALLA VIA (*)
(Argentina)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Forma de gobierno. 3. Sistema de partidos. 4. Las normas constitucionales. 5. Sistema electorales. Efectos. 6. Otras variables. 7. Parte Final.

1. INTRODUCCIÓN

A raíz del distanciamiento entre la política y la sociedad, se viene discutiendo sobre los sistemas electorales. La importancia que se les asigna es muy grande; prima la idea de que éstos funcionan a manera de recompensas o castigos sobre las conductas de los votantes, de los partidos, y de los gobernantes.

Ha señalado Pedro de Vega en un artículo publicado en la colección “Working Papers” de la Universidad Autónoma de Barcelona, que mientras en la mayoría de los sistemas constitucionales occidentales existen fuertes cuestionamientos a la legitimidad de ejercicio; no existe en cambio esa opinión acerca de la legitimidad de origen de los mandatos cuando los mismos provienen de procesos electorales limpios, con reglas de juego claras.

Suele caracterizarse a los sistemas electorales diciendo que son “mecanismos para convertir votos en bancas”. En general, la mayor parte de los estudios sobre esta materia se han referido a los sistemas parlamentarios. Una aclaración será partir de una definición más amplia, que describa a los sistemas electorales como mecanismos para convertir votos en “cargos”, en los que también se ubique la elección de un presidente, de un gobernador, intendente o alcalde; etc.

(*) Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

El sistema representativo afirmado en el artículo 22 de la constitución sigue vigente, sin perjuicio de que los derechos de participación política en el marco de los artículos 1, 14 y 33, se han ampliado también con la incorporación de los nuevos derechos y garantías, así como de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por esa vía, no solamente se han incorporado acciones positivas para superar desigualdades históricas, como es el caso de las llamadas “cuotas de género” sino que también se ha incorporado al cuerpo electoral a las personas privadas de libertad bajo proceso, pero sin condena firme.

A mediados del siglo XIX tuvo lugar una célebre polémica entre Walter Bagehot y John Stuart Mill en el parlamento británico, en la que el primero defendía una fórmula mayoritaria y el segundo una versión de sistema proporcional. De tal polémica surgió enunciada una temprana regla cuál es que los sistemas mayoritarios tienden a asegurar la *governabilidad*, en tanto los sistemas proporcionales tienen e reflejar con mayor exactitud la *representatividad* del espectro político en los cuerpos colegiados .

Mal podría realizarse un adecuado análisis de los sistemas electorales desvinculado de la forma de gobierno presidencialista o parlamentaria ni tampoco desvinculado del sistema de partidos políticos ya que entre ellos existes múltiples interrelaciones.

2. FORMA DE GOBIERNO

En el presidencialismo, –en general– las elecciones son “concentradoras de votos” en pocas alternativas, ejerciendo un efecto “arrastre” hacia los partidos más grandes que son los únicos que tienen posibilidad de acceder a la presidencia; provocando un incentivo hacia un menor número de partidos que en los países parlamentarios.

En los Estados Unidos se sigue utilizando el colegio electoral desde hace más de doscientos años. En las elecciones presidenciales del año 2000 se evidenció que el esquema de elección de delegados –en el que el candidato que obtuvo la mayoría simple recibe el voto de todos los electores de ese estado– hace posible que un candidato gane la mayoría de los votos en el nivel nacional, pero no sea el elegido para ocupar la presidencia, como ocurrió en el caso de Gore y de Bush, finalmente resuelto por una sentencia de la Suprema Corte.

No han faltado las voces que promuevan su supresión a favor de un sistema de elección directa. Robert Dahl publicó un libro en el año 2001 cuyo título es

muy sugestivo al respecto: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*”.

En nuestro país, por el contrario, hay quienes han considerado la conveniencia de restablecerlo. El fundamento para retornar a ese sistema es el mismo que lo mantiene en el país del norte: el equilibrio político entre el poder originario de los estados y la soberanía del pueblo, reflejado de manera convencional en el poder constituyente originario.

La Argentina tiene un total de 27.090.236 electores habilitados para votar, conforme al último padrón definitivo. De ellos solamente 10.055.916 corresponden a la Provincia de Buenos Aires; 2.564.956 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2.366.102 a la Provincia de Córdoba y 2.326.383 a la Provincia de Santa Fe; de manera que cuatro registros superan los 17.000.000 de electores. En el otro extremo, Tierra del Fuego registra solamente 88.127 ciudadanos habilitados para votar, Santa Cruz 161.544, Catamarca 241.610 y La Pampa 235.159; de donde resulta que la influencia de las provincias chicas es de escasa incidencia en la elección presidencial.

La reforma constitucional de 1994 ha instaurado el sistema mayoritario de pluralidad con base mínima, para elegir presidente y vicepresidente de la nación. Se trata de una variante vernácula del *ballotage* introducido con éxito en la Constitución Francesa de la V República, a partir de 1958, pero en vez de requerirse la mayoría absoluta que ninguno de los partidos que firmaron el “Pacto de Olivos” alcanzaban en 1994, se optó por una base del 45% o del 40% más 10 porcentuales sobre el segundo para evitar la segunda vuelta entre los dos candidatos más votados. Un sistema de mayoría absoluta con doble vuelta ya fue utilizado en 1973 bajo la vigencia de la reforma provisoria de 1972.

Se buscó fortalecer la legitimidad del presidente electo directamente por el pueblo removiendo los resquicios aristocratizantes de la elección indirecta. Podría decirse que en ese sentido se siguió la recomendación que hacía Alberdi en cuanto darle al presidente todo el poder posible, pero dentro de la constitución. En cambio, los constituyentes se apartaron de aquellos sabios consejos basados en la historia de América Latina en el punto crucial de la reelección.

Desde que el sistema de doble vuelta se estableció en la reforma de 1994, no ha podido comprobarse su plena utilidad para conformar mayoría en una segunda vuelta. En la elección del año 2003 el candidato que ganó la primera ronda renunció a participar de la segunda cuando supo en las encuestas que perdería. La cuestión no fue planteada ante los estrados judiciales; pero en orden a los precedentes existentes, quedó pendiente el planteo sobre su obligatoriedad ya que el presidente Kirchner resultó proclamado con una escasa mayoría del 22% de los sufragios afirmativos validamente emitidos.

3. SISTEMA DE PARTIDOS

En la segunda posguerra, Maurice Duverger formularía sus famosas “leyes” o “reglas sociológicas”, para describir la relación entre sistemas electorales y sistemas de partidos en los siguientes términos: a) los sistemas mayoritarios tienden al bipartidismo, b) los sistemas proporcionales tienden al pluripartidismo, c) los sistemas mayoritarios de doble vuelta tienden al pluripartidismo moderado.

Esas “reglas de Duverger” han sido criticadas, desvirtuadas, apoyadas y hasta reformuladas de manera casuística en el caso de Sartori; pero a pesar de tales críticas, fundadas en realidades rápidamente cambiantes donde prima el principio *caeteris paribus*, no puede dejar de reconocerse el valor de tales tendencias en términos generales.

El bipartidismo se alimenta de las grandes líneas históricas que, a lo largo de la vida institucional, aparecen como tendencias en pugna, remontándonos a “morenistas y saavedristas”, “unitarios y federales”, “chupandinos y pandilleros”, “nacionales y autonomistas”, “crudos y cocidos”, “radicales y conservadores”, “peronistas y antiperonistas”, etcétera.

El sistema electoral para elegir cargos nacionales en las provincias medianas y pequeñas, al ser pocas las bancas en disputa, tiende al bipartidismo, acercándose en cuanto a sus modalidades a las propiedades de los sistemas mayoritarios. Es un dato que también explica la hegemonía del justicialismo en el senado durante las últimas décadas.

La tendencia al pluripartidismo se observa –en cambio– en las elecciones nacionales en los distritos grandes, toda vez que la aplicación de la fórmula D’Hondt de representación proporcional, varía considerablemente en relación a la magnitud de distritos, como la Provincia de Buenos Aires que renueva treinta y cinco diputados cada bienio, o la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que solamente renueva dos o tres cargos por turno, según el caso.

La aplicación de la fórmula proporcional en los distritos grandes ha dado lugar a la conformación de otras fuerzas, de manera que la UCEDE o el FREPASO, en su tiempo, contribuyeron a la articulación de un debate democrático más amplio, del mismo modo en que hoy lo hacen, por ejemplo, el ARI, PRO y RECREAR.

4. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

En cuanto a nuestra constitución, la reforma de 1994 ha dispuesto en el artículo 77 que los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos, deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las cámaras; disposición que a su vez debe complementarse con el artícu-

lo 99 inciso 4º, cuando excluye la materia electoral y de partidos políticos de las que pueden dictarse decretos de necesidad y urgencia.

Hay constituciones que regulan minuciosamente los sistemas electorales, como es caso de México (arts. 52 a 54) y Panamá (art. 141); otras, en cambio, optan por delegar su tratamiento a las leyes, como en el ámbito latinoamericano sucede en Costa Rica, El Salvador y Honduras.

En la Constitución Argentina la elección presidencial está detalladamente tratada en los artículos 94 a 98, mientras que la elección de senadores y diputados sólo está enunciada en sus grandes principios y regulada en el Código Electoral Nacional (Ley 19.945 y modificatorias). Pero mientras el artículo 54 define el sistema electoral de senadores, el artículo 45 se limita a señalar que los diputados se eligen “a simple pluralidad de sufragios”, motivando una discusión constitucional sobre sus alcances, toda vez que bajo el mismo se han utilizado distintas fórmulas mayoritarias y proporcionales.

La elección para senadores nacionales del año 2001 generó un conflicto interpretativo acerca de la asignación de la tercera banca para senador en la Capital Federal ya que el conteo informático realizado por el Ministerio del Interior dio como ganador a un candidato que había sumado listas de diferentes alianzas; pero al llevarse la cuestión a los estrados judiciales, se interpretó literalmente el texto del nuevo artículo 54 de la Constitución en el sentido que la banca correspondía al “partido” y no al “candidato” más votado.

En su momento, La Ley 8871, conocida como “Ley Sáenz Peña” de voto universal, secreto y obligatorio, implicó un gran avance democrático al permitir la participación masiva del electorado. Planteaba como cuestión novedosa la representación de la minoría por un sistema llamado de lista incompleta en el que correspondían dos tercios de bancas al partido que obtenía la mayor cantidad de votos y un tercio al partido que le seguía en el orden de la votación.

También se conoce a este sistema como de “voto limitado” y tuvo su origen en la reforma británica de 1867. Irigoyen conocía esa experiencia y la sugirió a Sáenz Peña, siendo adoptada en 1912. También se usa en algunas elecciones locales de Estados Unidos y para elegir la mayor parte de los senadores españoles.

Un sistema similar es el que se sigue actualmente entre nosotros para elegir senadores nacionales, toda vez que de los tres senadores que representan a una provincia, dos bancas corresponden al partido político que obtiene el primer lugar y la restante al partido político que obtiene el segundo lugar.

La ley 4161 de 1904, inspirada por Joaquín V. González como Ministro del Interior y la Ley 14.032 de 1951, en tiempos de Juan Domingo Perón, implantaron el voto uninominal por circunscripciones. No obstante que por la primera de

esas leyes llegaría al Congreso el primer diputado socialista de América, que fue Alfredo L. Palacios, electo por el barrio de La Boca, se trata de un sistema que favorece a los partidos hegemónicos o grandes y afecta las posibilidades de los partidos chicos para captar las preferencias en cada jurisdicción ante los grandes aparatos partidarios.

En especial eso se agrava cuando la delimitación de las circunscripciones territoriales es arbitraria, como ocurrió con la ley de 1951, oportunidad en que se unió en una misma circunscripción a barrios como Palermo, situado en la Capital Federal y Avellaneda, para evitar el triunfo del partido radical en algunos distritos; produciéndose el fenómeno que se conoce como *garrymandering*.

Las circunscripciones uninominales tienen reparos constitucionales en nuestro país cuando se trata de elecciones legislativas ya que el texto del artículo 45 de la constitución establece que los distritos se corresponden con cada una de las provincias y de la capital. La única excepción es en la elección para presidente y vicepresidente ya que el artículo 94 establece el territorio nacional como distrito único.

La fórmula de representación proporcional fue establecida por primera vez entre nosotros para la elección de convencionales constituyentes de 1957 y posteriormente para las elecciones generales para diputados en 1963. Es el sistema que fija actualmente el Código Electoral Nacional (Ley 19.945) bajo la modalidad creada por el Belga Víctor D'hondt en 1899.

Se trata de un sistema de listas, de manera que los electores votan por una nómina ordenada de candidatos que presenta cada partido. Los votos alcanzados por cada partido se dividen por uno, dos, tres y así sucesivamente; determinándose una cifra repartidora o número base, por encima de la cual se ubican a tantas bancas como parciales haya obtenido cada partido.

Este es un tema de gran actualidad por los cuestionamientos frecuentes a la llamada "lista sábana" (en realidad es la lista bloqueada y cerrada la cuestionada). La lista sábana es otra cosa; es cuando se eligen distintas autoridades para distintas jurisdicciones en un mismo acto (concejales, diputados, gobernador, senadores, intendentes, etcétera) en boletas unidas por troquel o separadas por líneas punteadas a separar mediante cortes de tijera, etcétera.

En un país con forma de estado federal, como la Argentina, es menester destacar que la concurrencia o simultaneidad de elecciones para cargos nacionales y provinciales, no solamente se refleja la complejidad de las boletas, alargando las "sábanas", sino también en los efectos que produce sobre el sistema de partidos (efecto "arrastre").

En materia de cuestionamiento a las listas bloqueadas y cerradas es necesario advertir que todo el cambio de sistema electoral supone la opción por otro que también tendrá aparejadas otras consecuencias. Es del caso observar que en Brasil, donde el sistema electoral permite las “listas abiertas”, se ha planteado un fuerte debate acerca del debilitamiento que han sufrido los grandes partidos en los últimos años.

En los sistemas de “listas desbloqueadas”, los votantes tienen la opción de tachar el nombre de un candidato de la lista (tacha o borrar) o de modificar el orden de los candidatos; de manera que, por ejemplo, el que está quinto puede llegar a pasar al primer lugar. Esa última alternativa se denomina “preferencia” y las modificaciones usualmente están limitadas en número.

En Argentina se utilizan en la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Según Sartori, el voto de preferencia en la Italia de 1948-1992 fomentó un clientelismo excesivo hace unos años, reduciendo después las preferencias a una sola, para después eliminarla.

La última alternativa es el “panachage”, que es un sistema de “lista abierta” donde además de tachar algunos nombres, se pueden poner otros candidatos de otras listas, lo que en opinión de Colomer, expresada en su obra *¿Cómo Votamos?* publicada en 2004, promueve una altísima competencia individual intrapartidaria. Se trata de un sistema que se utiliza en Suiza y que existió en Argentina desde 1912 hasta la década del cuarenta del siglo pasado.

5. SISTEMA ELECTORALES. EFECTOS

El Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina, compilado por Dieter Nohlen junto a un grupo de importantes autores; publicado por el Fondo de Cultura Económica en el año 2007, demuestra que no todas las constituciones de nuestra región otorgan el mismo alcance a la expresión “sistema electoral”.

Así, por ejemplo, la Constitución del Perú del año 1993, en su artículo 176 da comienzo al capítulo XIII referido al Sistema Electoral con una amplia definición descriptiva de todo lo que habitualmente se denomina derecho electoral, régimen electoral o proceso electoral desde el sufragio hasta el contencioso electoral.

Existen también algunas concepciones restringidas en algunos textos que denominan sistema electoral a algunos aspectos que sólo conforman variables o modalidades, como suele ser el caso de confundirlo con la fórmula electoral mayoritaria o proporcional, o con la forma en que se realiza la elección dentro de la fórmula mayoritaria, ya sea directa o indirecta, etcétera.

Por eso también, no está demás aclarar que entre los sistemas o variables que tienen los sistemas electorales se encuentran la forma de selección de candidatos, la forma de candidaturas y votos, la magnitud del distrito, las fórmulas electorales y el umbral. Cada una de estas variables presenta a su vez distintas características y posibilidades.

De la combinación de todos los elementos expuestos, más algunas otras variaciones, surgen los sistemas electorales reales, de los cuales hay una variedad muy grande.

Rae, ha señalado que los electores expresan sus "*preferencias políticas*" en votos y según las cuales se pueden convertir votos en escaños parlamentarios o en cargos de gobierno.

Ellos producen "efectos mecánicos" que surgen de la combinación de los distintos elementos o variables. Por ejemplo: la aplicación de la fórmula de representación proporcional D'hondt para elección de diputados nacionales tiende a favorecer a los partidos más grandes en los cálculos de los restos o fracciones no enteras para la asignación de bancas. El "efecto psicológico" se produce cuando se renuevan apenas dos o tres diputados por elección en un determinado distrito, incentivando el "voto estratégico" o "voto útil" hacia los partidos con más posibilidades, con el fin de no "perder el voto".

En este punto particular, la situación es muy similar a la que ocurre en España en la elección de diputados al Congreso, viéndose afectada de manera parecida la proporcionalidad en los distritos de baja magnitud. Creándose en los hechos "barreras mecánicas" del 20 o el 25 % de votos necesarios para obtener una banca.

Una de las maneras de corregir ese problema de representación sería elevar el número de integrantes de las asambleas, a los efectos de aumentar la magnitud de cada circunscripción, definida por la cantidad de escaños a cubrirse.

Otro tema que hasta la fecha no ha merecido cuestionamientos constitucionales es la sobre-representación de las provincias chicas, en orden a una ley que les asignó un mínimo de cinco (5) diputados, generando efectos sobre el funcionamiento del sistema electoral en orden a la efectiva asignación de escaños de la Cámara de Diputados.

En cuanto al "umbral" o "barrera legal", que en Argentina es del 3% por circunscripción, un fallo del año 2002, lo consideró una reglamentación razonable para asegurar la funcionalidad de un órgano colegiado sin que ello signifique conculcar la representación de las minorías. En el caso, la Izquierda Unida había obtenido el 2,8 % de los votos en el distrito Provincia de Buenos Aires.

6. OTRAS VARIABLES

No todos los autores están de acuerdo en que la selección de candidatos sea una variable, pero Mainwaring la incluye expresamente. En Argentina, el artículo 2° de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos 23.298, establece que sólo a través de los partidos se pueden presentar candidaturas a cargos públicos electivos.

La reforma constitucional de 1994 introdujo el nuevo artículo 38, referido a los Partidos Políticos, estableciendo allí que los mismos tienen “competencia” para la postulación de candidatos. En el caso “Miguel Padilla”, un miembro de esta Academia quería ser candidato independiente a diputado. En tal oportunidad se reconoció que el artículo de la Constitución dejaba una fórmula abierta a distintos sistemas posibles; pero que su determinación y reglamentación formaba parte de la zona de reserva legal del Congreso y no de los jueces.

En la opción participativa entre candidaturas independientes o la implementación de un sistema de *elecciones abiertas, obligatorias y simultáneas*, el Congreso se inclinó por esta última opción al sancionar la Ley 25.611 y establecerla para las categorías de Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados Nacionales. Todo esto ocurría durante la crisis de 2001/2002, mientras retumbaban en los pasillos del palacio del Congreso, del Palacio de Justicia y de los Palacios Ministeriales, los ruidos de las cacerolas.

Su primera aplicación fue en las elecciones legislativa de 2005, ya que en el 2003 el Congreso, después de sancionarla y de presentarse algunas controversias judiciales sobre su constitucionalidad, la suspendió “por única vez” (entre comillas). Fue como en algunas malas obras de teatro: debut y despedida.

Sólo 23 agrupaciones políticas de las 260 que intervinieron en los comicios generales llevaron a cabo efectivamente el proceso de elección abierta. En las restantes agrupaciones se procedió a la proclamación de una única lista presentada. Los datos de la realidad política son más fuertes que cualquier teoría. La participación ciudadana no alcanzó al 10% en todo el país.

Fue derogada a principios del año 2007, retornándose al sistema de la Ley Orgánica de Partidos Políticos 23.298 donde se establece la regulación de las elecciones internas para los cargos mencionados a través de las cartas orgánicas partidarias.

Las elecciones recientes demuestran que tras esa fracasada experiencia muy pocos partidos, han realizado elecciones internas. Cuando declina la democracia interna se cumple así la “ley de hierro de las oligarquías”.

7. PARTE FINAL

Aún cuando es un tema sumamente complejo determinar si existe un “mejor sistema electoral”, ya que en el análisis de los sistemas políticos comparados también se suele cumplir el dicho popular en cuanto a que el césped del vecino siempre luce mejor que el césped del jardín propio; con el avance y profundización de los estudios sobre sistemas electorales, sobre todo a partir de la década de los noventa; algunos autores han marcado sus preferencias por algún sistema.

Lijphart realizó una importante investigación sobre 27 sistemas políticos comparados, clasificándolos en proporcionales y mayoritarios, prefiriendo a los primeros por entender que son “*consoasociativos*”, asegurando mayor estabilidad y una mejor convivencia política basada en el debate; por la misma razón prefiere el parlamentarismo al presidencialismo. Sartori, por su parte en su “Ingeniería Constitucional”, clasifica a los sistemas en “fuertes” y “débiles” en términos de los resultados que obtienen, manifestando su preferencia por los sistemas mayoritarios con doble vuelta.

El diseño o la modificación de un determinado sistema electoral no depende solamente de estudios científicos o de estadísticas, sino fundamentalmente de decisiones políticas difíciles de alcanzar con las mayorías ordinarias en sistemas democráticos. Muchos sistemas electorales se ha originado en las transiciones democráticas o han sido el resultado de muy fuertes consensos.

Claramente es un tema de la constitución en cuanto a la conformación arquitectónica del poder, en cuanto a la formación de los órganos que darán expresión a la voluntad soberana mediante los actos de gobierno; de ahí también que sea natural que el derecho constitucional los determine, regule y reglamente.

Hemos definido a los sistemas electorales como “mecanismos”. Son en consecuencia “instrumentos”. Claro está, por ello, que no favorecerán ni a la democracia ni al “buen gobierno” allí donde las libertades y la participación política no se encuentren aseguradas.

Nuestra conclusión: *no hay ningún sistema electoral inocente; todos producen algún efecto. Todos favorecen y perjudican a alguien. El mejor sistema electoral depende de cada realidad y conveniencia política.*

Nuestra respuesta al interrogante planteado: *El sistema electoral legítimo y confiable es el que establece la Constitución.*

Concluimos con tres ideas finales:

- 1) *La política importa*, como lo señala un estudio de Latinobarómetro sobre 18 sistemas democráticos, por eso los Sistemas electorales deben favorecer la participación.

- 2) *La confianza de los ciudadanos es un dato axial.* Los sistemas Electorales deben ser comprensibles para los ciudadanos. Con entusiasmo presentaba Roque Sáenz Peña su reforma política invitando al pueblo a votar.
- 3) Cuando esto ocurre, como suele suceder en la mayoría de las democracias constitucionales, se cumple con la previsión de Max Weber : la soberanía reposa en la creencia generalizada sobre una determinada legitimidad.

LUZ Y SOMBRA EN LA EVOLUCIÓN HACIA EL ESTADO SOCIAL EN CHILE

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA (*)
(Chile)

SUMARIO: Introducción. **I.** Visión del Estado social. **II.** Superación del Estado providente. **III.** Supuestos. **IV.** Imagen chilena. **V.** Epicentro en el Estado. **VI.** Inversión del proceso. **VII.** Inerxia para la democracia. **VIII.** Importancia del derecho. **IX.** Reformas pendientes. Epílogo.

INTRODUCCIÓN

Limitaré la exposición a ciertos rasgos del último medio siglo de nuestra historia, formulando breves proposiciones acerca del futuro de las relaciones del Estado con la Sociedad Civil en Chile. Mi intención es contribuir a la instauración del Estado Social de Derecho, con esa Sociedad sirviendo roles activos de desarrollo humano, sin identificar al Estado con el asistencialismo, sobre todo a propósito de la concreción de los derechos de la segunda generación⁽¹⁾:

I. VISIÓN DEL ESTADO SOCIAL

Hoy, el Estado Social puede ser caracterizado por los rasgos matrices siguientes⁽²⁾:

(*) Profesor Titular, Universidad de Chile y Universidad Católica de Chile, Presidente, Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, Instituto de Chile

(1) Consúltese, en semejante sentido, Rodolfo Araujo: **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales** (Bogotá, Ed. Legis, 2005); Fernando Diez Moreno: **El Estado Social** (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004); y Carlos Mesía: **Derechos de la Persona** (Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004).

(2) Ernest Benda: **Derecho Constitucional** (Madrid, Marcial Pons Editores, 1992) pp. 557-559.

- Se halla orientado al bien común, como custodio y promotor de ese valor fundamental, conciente de que tal bien no surge por generación espontánea;
- Le compete salvaguardar la justicia, la seguridad jurídica, el respeto de la dignidad humana y los derechos esenciales que fluyen de ella, incluyendo a los de la segunda generación o atributos sociales;
- Es suya la responsabilidad de superar racionalmente los conflictos colectivos, logrando la mayor integración posible de la comunidad nacional;
- Le incumbe compensar los intereses individuales y de grupo a través de la heterotutela razonablemente ejercida; proteger a los necesitados y prever los problemas del porvenir, conciente de la incidencia que ellos tienen en las generaciones futuras y del imperativo de subsanarlos;
- Reconoce que lo social califica al Estado y al Derecho, porque deja de manifiesto que la Sociedad Civil debe servir, con autonomía, roles de bien común, en colaboración con la organización política y ejerciendo las facultades que ha de reconocerle el Bloque Constitucional, de modo que el Derecho sea funcional a dichos objetivos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad tiene que ser complementado con el de solidaridad;
- A la *Razón de Estado* la ha sucedido la *Razón de Persona*, con la subsecuente relativización de la soberanía, el reemplazo de la ley como fuente principal del ordenamiento jurídico y la entronización de la Carta Fundamental con cualidades de fuente directa e inmediata de Derecho positivo, no diferida por ni condicionada a lo que preceptúen las disposiciones legales, reglamentarias ni las convenciones celebradas entre particulares;
- La fórmula cuyos elementos principales he resumido se articula en una Constitución humanista, interpretada y vivida así merced a la justicia constitucional que la defiende y a la población que la siente suya; y
- Un cúmulo de principios y técnicas, propias del neoconstitucionalismo, infunden rasgos aún más inconfundibles al Código Político de nuestro tiempo, siendo imperativo enfatizar, entre ellos, su fuerza normativa suprema y directa; al efecto de irradiación de las sentencias constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico; y la preeminencia del *estatuto de la persona* sobre el *instrumento de gobierno*⁽³⁾.

(3) La importancia del constitucionalismo fuerte o humanista lleva a Gustavo Zagrebelsky, antiguo Presidente de la Corte Constitucional de Italia, a denominar **Estado Constitucional de Derecho** al más corrientemente llamado **Estado Social de Derecho**. Véase **Derecho Dúctil** (Madrid Ed. Trotta, 2002) pp. 43 ss.

II. SUPERACIÓN DEL ESTADO PROVIDENTE

El Estado Benefactor no fue nunca Estado Social de Derecho. Efectivamente, el Estado que me ocupa se caracteriza por la procura existencial⁽⁴⁾, pero sobre la base de ciertos supuestos que, de no cumplirse plenamente, desembocan en el colectivismo, cualquiera sea su signo.

El Estado Social tampoco pudo ser identificado con el Estado de Abstención, pues el individualismo y el mercado son incapaces de concurrir, subsidiaria y solitariamente, a paliar y, ojalá, a resolver las causas y efectos de la miseria, la marginalidad, el egoísmo y la violencia.

En lugar de eso, el Estado Social de Derecho alienta el reconocimiento del valor de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella; asegura la garantía judicial eficaz para la protección del ejercicio de tales atributos inalienables; y se compromete con la autonomía de la Sociedad Civil y, dentro de ella, con el impulso de la solidaridad como vector de la libertad, individual y en grupos.

La idea de Estado Providente y de Estado de Abstención es, por consiguiente, un aspecto, y no el más importante, del Estado Social. Más todavía, aquel Estado Benefactor y su antónimo, el Estado Individualista, devienen en opuestos a la libertad en sociedad, por la sumisión a que es reducida la persona y las asociaciones intermedias, de un lado, y los antagonismos y arbitrariedades que genera y tolera, de otro. Elocuentemente, Ernest Benda lo denuncia sin complejos⁽⁵⁾:

“La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, puede robustecer la conciencia de los individuos de que ejercen corresponsabilidad; en ese sentido, la participación fomenta un comportamiento conscientemente responsable.”

Y agrega

“El Estado Social no consiste únicamente en prestaciones públicas que son distribuidas a los ciudadanos, sino que requiere también, y

(4) Fórmula del administrativista alemán Ernest Forsthoff, citado por Manuel García Pelayo en *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo* (Madrid, Ed. Alianza Editorial, 2005) pp. 26 ss. y 126 ss.

Norberto Bobbio ha escrito extensamente sobre el tópico, con coraje y lucidez. Puede consultarse una colección de monografías suyas al respecto en **Teoría General de la Política** (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

(5) Op. cit., p. 542.

en primer lugar, sentido de responsabilidad del individuo para consigo mismo”⁽⁶⁾.

Finaliza el jurista y magistrado constitucional alemán, aseverando:

“El Estado Social se puede y se debe concebir como una comunidad continuamente preocupada por el bienestar de sus ciudadanos. Pero un Estado Providencia que libere de toda preocupación a los hombres y mujeres no sería un Estado Social, sino que un Estado tutor o nodriza de sus habitantes”⁽⁷⁾.

III. SUPUESTOS

He aludido al imperativo de cumplir los supuestos del Estado Social. De ellos menciono, primeramente, la proclamación y vigencia de valores superiores, con la dignidad humana en la base y cima de la convivencia civilizada.

Agrego la conducta permanente de defensa de la Sociedad Civil. Tal Sociedad Civil tiene su estatus declarado en la Constitución, debiendo las leyes desarrollar los incentivos adecuados para el despliegue de los roles que le corresponde realizar, o bien, devolverle aquellas misiones que el Estado fue absorbiendo en perjuicio de la autonomía social y del beneficio común⁽⁸⁾. El principio rector de dicha Sociedad es la solidaridad, llamada *fraternidad*⁽⁹⁾ en el ideario revolucionario francés de 1789. Permítaseme insistir en el punto: el compromiso del Estado de respetar la autonomía de la Sociedad Civil no tiene relación alguna con la tutela de un supuesto neocorporativismo, pues se refiere a la colaboración para la realización del bien común, objetivo que es ajeno al amparo de intereses sectoriales o reivindicaciones egoístas⁽¹⁰⁾.

(6) **Id.**, p. 543.

(7) **Id.**, p. 552. Cf. Ekkehart Stein: **Derecho Político** (Madrid, Ed. Aguilar, 1973) pp. 188 ss.

(8) Revítese S. H. Bailey: **Cross on Principles of Local Government** (Londres, Sweet y Maxwell, 1997) pp. 243 ss.

(9) Consúltese Juan Pablo II: **Laborem Exercens. Carta Encíclica sobre el Trabajo Humano** (Santiago, Ed. San Pablo, 9ª edición, 2001) pp. 28 ss.; y **Veritatis Splendor. Carta Encíclica sobre Algunas Cuestiones Fundamentales de la Enseñanza Moral de la Iglesia** (Santiago, Ed. San Pablo, 4ª edición, 2000) pp. 148 ss. Revítese también la obra clásica de Leon Duguit: (1921) **Souveraineté et Liberté** (Paris, Ed. La Memoire du Droit, 2002) pp. 141 ss.

(10) Me he ocupado del asunto en diversas publicaciones, de las cuales menciono las siguientes: “Descubriendo el Futuro de nuestra Sociedad Estatal”, XX, **Revista Chilena de Derecho** I N° 2 - 3 (1993) pp. 209 ss.

Destaco, por último, la difuminación de los límites de lo público y lo privado⁽¹¹⁾. Tal es así que hoy los particulares gestionan servicios públicos y sirven múltiples funciones de bienestar común; a la vez, los órganos estatales huyen de la madeja burocrática y paralizante, se adaptan a técnicas privadas para la decisión de cuestiones públicas y sumen a sus entes de inteligencia en el secreto. Verdaderamente, no resulta posible sostener, razonablemente, que todo lo público pertenezca al Estado ni que lo privado entero esté reservado a los particulares.

IV. IMAGEN CHILENA

Creo necesario efectuar una precisión conceptual y proporcionar ideas cuantitativas de nuestro Estado y de la Sociedad Civil en la actualidad.

La Sociedad Civil puede ser descrita con sentido amplio o restringido.

En términos amplios, corresponde a la *civitas* de Cicerón⁽¹²⁾, semejante al Estado-Nación o Estado-Sociedad contemporáneos. Sería equivalente, según Norberto Bobbio, al no-Estado⁽¹³⁾ o suma de todas las formas de asociación existentes, entre el individuo y el Estado-Gobierno, dentro de las fronteras de una corporación territorial soberana⁽¹⁴⁾.

En sentido más circunscrito, que es el seguido por la mayoría de la doctrina en la actualidad, Sociedad Civil es la red de asociaciones de ciudadanos, formadas voluntariamente y sin fines de lucro, para promover y defender sus ideas,

“La Regionalización de Chile y la Modernización de su Sociedad Estatal”, V **Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile** (1994) pp. 145 ss.; y **El sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica** (Santiago, Im. Alfabeto, 1999) pp. 333 ss.

(11) Véase Humberto Njaim: “Evolución o Desaparición del Estado Social de Derecho”, en Graciela Soriano de García-Pelayo y Humberto Njaim (editores): I **Lo Público y lo Privado. Redefinición de los Ámbitos del Estado y de la Sociedad** Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1996) pp. 141 ss. Consúltense también Pedro J. Frías: “Estado y Sociedad. Nuevo Trato”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina): XXV **Anales** (1986) pp. 11 ss.; y Peter Häberle: **El Estado Constitucional** (Lima, UNAM-P. Universidad Católica del Perú, 2003) pp. 16 ss. y 224 ss.

(12) Pietro Costa: **Ciudadanía** (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005) pp. 12 ss.

(13) Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero: **Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El Modelo Iusnaturalista y el Modelo Hegeliano-Marxiano** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1986) pp. 108 ss. y 203 ss. Del mismo Bobbio véase también **Estado, Gobierno y Sociedad** (Barcelona, Ed. Ariel, 2000) pp. 25 ss.

(14) Darrow Schecter: **¿Sovereign States or Political Communities? Civil Society and Contemporary Politics** (Manchester, Manchester University Press, 2000) pp. 141 ss.

ideales e intereses dentro del ordenamiento estatal vigente⁽¹⁵⁾. Corresponde, aproximadamente, a la plenitud de los cuerpos o grupos intermedios a que se refirió Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*⁽¹⁶⁾.

Quedan excluidos de ese concepto restringido, por consiguiente, las entidades que operan en el mercado y siguen la lógica costo-beneficio, sin perjuicio que busquen, indirectamente al menos, el progreso social a través de corporaciones o fundaciones, de suyo siempre sin fines de lucro⁽¹⁷⁾. Esta idea reductiva también margina a los partidos y otras fuerzas políticas, pues unos y otros aspiran al gobierno del Estado y de las relaciones internacionales, ámbitos que son ajenos a las finalidades específicas de las agrupaciones que integran esa Sociedad⁽¹⁸⁾.

La visión restrictiva recién expuesta suscita preguntas y requiere respuestas.

La primera consiste en plantearse la interrogante siguiente: ¿dónde quedan los entes empresariales y las fuerzas políticas si se hallan fuera de la Sociedad Civil y no integran el Estado-Gobierno? Probablemente, lo acertado es responder situando a ambos en el término omnicompreensivo del Estado Nación o Estado Sociedad; y la otra interrogante se formula porque la delimitación expuesta es sólo analíticamente sustentable, atendido que en la realidad resulta inevitable la interacción de los entes mercantiles y de los partidos con los miembros de la Sociedad Civil. Precisamente, uno de los problemas más graves de la democracia contemporánea, en Chile y en el mundo democrático, yace en la penetración que esos entes y fuerzas políticas realizan, casi sin posibilidad de rechazo, resistencia, ni rectificación en las agrupaciones de la Sociedad Civil, buscando someterlas a sus objetivos lucrativos o electorales y con designios de ganar apoyo, obtener recursos y conquistar adeptos con propaganda o proselitismo. Sólo una cultura cívica, arraigada y masivamente compartida, garantiza que predomine el respeto de los límites que separan, en términos relativos pero claros, la Sociedad Civil autónoma, por un lado, de aquellas incisiones que la vulneran, de otro.

Un panorama cuantitativo de la Sociedad Civil en Chile hoy puede ser desprendido de las estadísticas siguientes:

(15) Organización de las Naciones Unidas: **Las Naciones Unidas y la Sociedad Civil** (http://www.un.org/spanish/civil_society/sociedadcivil.html)

(16) (México DF., Ed. Porrúa, 1980) pp. 208 ss.

(17) Héctor Mario Chayer: **Ética Judicial y Sociedad Civil. Técnicas de Incidencia** (Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2008) pp. 17-18.

(18) **Id.** Consúltese, en semejante sentido, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): **Desarrollo Humano en Chile. El Poder ¿para qué y para quién?** (Santiago, Im. Ograma, 2004) pp. 219-220.

- En el año 2000 existía una densidad asociativa de 83.386 agrupaciones por cada 10.000 habitantes, concentrándose el 36,6% de ellas en la Región Metropolitana;
- Seis años después, una proyección estimativa de esas cifras de asociaciones llegaba a 96.560, de las cuales 12.000 eran juntas de vecinos, 9.800 clubes deportivos, 9.400 centros de padres, 8.000 sindicatos y 3.500 gremios⁽¹⁹⁾.
- A lo anterior debe ser añadido el universo emergente de las organizaciones no gubernamentales (ONG), nacionales y extranjeras. En términos del presupuesto nacional⁽²⁰⁾, su peso específico es enorme y creciente, bastando para coincidir en ello tener presente que, en 2007, alcanzó a US\$1.000 millones, distribuidos en miles de agrupaciones chilenas de esa índole.

En términos comparativos, el nivel de asociatividad en Chile es inferior al de los Estados Unidos de América y países europeos más desarrollados, pero superior al promedio de América Latina⁽²¹⁾.

Finalmente, en ligamen con el Estado Gobierno útil es advertir que su presupuesto, legalmente autorizado cada año, ha crecido seis veces desde 1991 a la fecha⁽²²⁾; y la burocracia administrativa, sin incluir a los empleos municipales, se ha elevado en treinta por ciento a partir de 1998⁽²³⁾. Razonable es deducir de tal guarismo el aumento semejante de los tributos recaudados, de la intervención burocrática centralizada y descentralizada y, con menor certeza, del alza de las inversiones en proyectos de desarrollo socioeconómico de relevancia nacional o regional.

(19) Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): **Desarrollo Humano en Chile. Más Sociedad para Gobernar el Futuro** (Santiago, Imp. Fyrma Gráfica, 2000) pp. 117 y 302-303; y Comisión Económica para América Latina y el Caribe: **Anuario Estadístico 2007** (Santiago) pp. 32, 39, 42 y 45. Revítese también, **Desarrollo Humano en Chile. El Poder**, cit., pp. 286 y 292.

(20) Gobierno de Chile. Ministerio de Hacienda. Dirección de Presupuestos: Ley N° 20.232, **Ley de Presupuestos del Sector Público. Año 2008**, publicada en el Diario Oficial del 1° de diciembre de 2007 (Santiago, Andros Impresores, 2008). Consúltese la Partida 20, Ministerio Secretaría General de Gobierno pp. 579-589.

(21) **Id.**

(22) “**El Mercurio**” de Santiago (12 de abril de 2008).

(23) “**El Mercurio**” de Santiago (17 de mayo de 2008).

V. EPICENTRO EN EL ESTADO

Al despuntar el siglo XX aparecieron las críticas a la ineficiencia, indolencia, índole oligárquica y embrujo extranjerizante que marcaba a nuestras instituciones gubernativas⁽²⁴⁾. Los magnos procesos políticos de las décadas de 1920, 1930 y 1950, teñidos de matices ideológicos se agudizaron, en los decenios siguientes, convocando al conflicto, y derivando en la destrucción de la democracia en septiembre de 1973.

La relación cuyo análisis me ocupa había ido cambiando desde que, a fines de la década de 1950, fueron depurados los procesos electorales; simplificados los procedimientos para adquirir personalidad jurídica por asociaciones laborales, gremios y cooperativas; introducidas las organizaciones no gubernamentales; y fomentada la formación de corporaciones y fundaciones religiosas, de enseñanza, de ayuda y beneficencia, de fomento de las artes y la cultura, de estímulo científico y tecnológico⁽²⁵⁾.

Debe ser destacado que esa relación ha sido examinada, casi sin excepción, desde el ángulo del Estado y para favorecerlo. Por eso, concientemente o no, el desenlace de tales estudios contribuyó a aumentar las potestades públicas sobre la Sociedad Civil, permaneciendo ésta ignorada por las ciencias sociales y el legislador. En realidad, desconozco libros dedicadas al tópico, habiendo hallado poquísimas monografías, sólo incidentalmente relativas a él. Incluso, las grandes relaciones históricas de Chile republicano no pasan de aludir a la Sociedad en general, así y vagamente, como sinónimo de la gente, la población, el pueblo o el país, para realzar de inmediato los roles positivos que el Estado-Gobierno ha cumplido sobre ella⁽²⁶⁾.

(24) Enrique Mac Iver: **Discurso sobre la Crisis Moral de la República** (Santiago, Imprenta Moderna, 1900); Vicente Huidobro: "Balance Patriótico", reproducido en Mario Góngora del Campo: **Ensayo sobre la Noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX** (Santiago, Ediciones La Ciudad, 1981) pp. 113 ss.

(25) Una excepción reciente es Augusto Varas **et al.**: **La Propuesta Ciudadana. Una Nueva Relación Sociedad Civil - Estado** (Santiago, Ed. Catalonia, 2006).

(26) Véase, v. gr., Diego Barros Arana: **XVI Historia de Chile** (Santiago, Ed. Universitaria, 2001) pp. 21 ss.; Julio Heise González: **I El Período Parlamentario 1861 - 1925** (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1974) pp. 357 ss.; y **II** (Santiago, Ed. Universitaria, 1982) pp. 119; Francisco Antonio Encina Armanet: **XXXVII Historia de Chile** (Santiago, Editorial Ercilla, 1984) pp. 207 ss.; Gabriel Salazar Vergara y Julio Pinto Vallejos: **II Historia Contemporánea de Chile. La Economía, Mercados, Empresarios y Trabajadores** (Santiago, Ed. LOM, 2002) pp. 46 ss.; y Luis Vitale: **VI Interpretación Marxista de la Historia de Chile. De Alessandri a Frei** (Santiago, Ed. LOM, 1998) pp. 309 ss. Un contraste con la historiografía chilena citada se halla

La preocupación por el Estado, en cambio, ha generado tal la cantidad de obras dedicadas al asunto desde la perspectiva histórica y presente, política y socioeconómica, chilena y comparada, nacional e internacional que se vuelve imposible añadir aquí, a las relaciones históricas ya citadas, otras sistematizaciones más específicas.

Los motivos para seguir focalizados en el Estado, en su acepción estrecha que lo hace sinónimo del Gobierno, aducidos en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, incluyen ideas de centralización del Poder y sumisión de la Sociedad Civil en cuanto tal o identificándola con la Nación, todo explicado con base en hipótesis como las exigencias de la emancipación política, el imperativo de consolidar las instituciones con sujeción al nuevo Derecho, la victoria en los conflictos bélicos, la expansión territorial, el impulso de la enseñanza en todos sus niveles, la protección de las riquezas naturales ante el inversionista extranjero, la asistencialidad en el Estado de Bienestar y la integración de las etnias al proceso de desarrollo humano. Mario Góngora resumió esa hipótesis así:

“El Estado es la matriz de la nacionalidad: la Nación no existiría sin el Estado, que la ha configurado a lo largo de los siglos XIX y XX. (...) El Estado debe ser considerado con reverencia (...) porque (citando con aprobación a Edmund Burke) es una sociedad sobre toda ciencia; una sociedad sobre todo arte; una sociedad sobre toda virtud y perfección”⁽²⁷⁾.

Hoy es también posible pensar en explicaciones distintas, todas críticas de la Sociedad Civil. Cumplidas o incumplidas las hipótesis tradicionales, prosigue constatándose el *ethos* estatal, en contrapunto con la Sociedad Civil, en cuanto ésta sería centro de egoísmos, antagonismos regionalistas, foco de movimientos insurreccionales, de facciones, frondas y conflictividad, sólo dominables por la verticalidad del mando, impuesta desde arriba por un Estado fuerte en sus potestades y la discrecionalidad para ejercerlas. Posiblemente, esa fue la doctrina fundacional de Portales, casi dos siglos atrás, pero entendida con el rasgo de período de transición al Estado en Forma, es decir, al gobierno institucionalmente servido⁽²⁸⁾.

en Simon Collier, inglés, y William F. Satev, norteamericano: **Historia de Chile 1808-1994** (Cambridge, Cambridge University Press, 1998) pp. 247 ss.

⁽²⁷⁾ **Ensayo Histórico sobre la Noción de Estado en Chile**, cit., p. 5. En análogo sentido, consultar las pp. 11 - 12 y 134 - 138 del mismo libro.

⁽²⁸⁾ Carmen Fariña Vicuña (editora): **I Epistolario Diego Portales (1821 - 1832)** (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2007). En las pp. 8-9 de esa obra aparece la carta

Al cabo de ciento ochenta años, aquel *ethos* parece haber recuperado su ímpetu, mereciendo interrogarnos si puede seguir justificándose en las causas originales u obedece a fenómenos más recientes. Igualmente acreedor de respuesta son preguntas como las siguientes: ¿cuán internalizados en nuestra cultura se hallan los rasgos esenciales que justificaron la ya descrita intervención estatal? ¿es hoy mayor el nivel de acatamiento de la legalidad, por la población en general, que medio siglo atrás? y el respeto a las pequeñas normas de la convivencia civilizada ¿ha crecido o disminuido, teniendo presente fenómenos como el incremento de la delincuencia común y de la corrupción, el vandalismo urbano, la violencia intrafamiliar, la deslealtad en las relaciones laborales y la erosión de valores de familia, respeto, sobriedad y sacrificio que se reputaban matrices en la idiosincrasia nacional?

VI. INVERSION DEL PROCESO

La relación de subordinación incondicional de la Sociedad Civil al Estado comenzó a cambiar, al finalizar la década de 1960, probablemente a raíz de las planificaciones globales, con alteraciones profundas y rápidas en el modo de ser hasta entonces dominante en el país⁽²⁹⁾. Las convulsiones revolucionarias y contrarrevolucionarias vividas culminaron en los paros nacionales de 1972 – 1973. El despliegue de la Sociedad Civil se mantuvo, sin embargo, congelado por los dieciseis años y medio del régimen militar, mayoritariamente singularizados por decisiones *de facto* con atropellos de la dignidad humana y sus derechos intrínsecos.

de Diego Portales a José Manuel Cea, fechada en Lima en marzo de 1822, en la cual se halla la reflexión siguiente:

“La **Democracia**, que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera **República** (...). La República es el sistema que hay que adoptar; pero ¿sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un Gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes. Cuando se hayan moralizado, venga el Gobierno completamente literal, libre y lleno de ideales, donde tengan parte todos los ciudadanos.”

Sin embargo, casi trece años después, el 5 de diciembre de 1834, Portales escribió a Antonio Garfias una carta en que se aparta, sin rodeos, de la fe en las instituciones como organizaciones de gobierno impersonales y perdurables. El texto de esa misiva, tan comentada como la ya trascrita, aparece en el **Epistolario cit.**, II pp. 589-590.

Compárense, sobre la mentalidad de Portales, el libro de Alejandro Guzmán Brito: **Portales y el Derecho** (Santiago, Ed. Universitaria, 1988), por un lado, con el libro de Sergio Villalobos Rivera: **Portales, una Falsificación Histórica** (Santiago, Ed. Universitaria, 1989).

(29) Góngora, **cit.**, pp. 126 ss.

En Chile y el mundo, 1989 fue un año crucial por el cambio de época: la soberanía estatal desempeñada con base territorial quedó relativizada por fenómenos como la globalización de las comunicaciones, las relaciones internacionales y los mercados. Dictaduras y autoritarismos en Europa Central y Latinoamérica colapsaron. Desde entonces, se fue instaurando una cultura más respetuosa de la dignidad y los atributos de la persona recién realzados, franqueándose el acceso a tribunales inter o supranacionales para tutelar dichos valores, quebrantados por regímenes autoreferentes o de frente al agotamiento de la jurisprudencia interna sin obtener justicia efectiva.

En torno de ese año era, además, un hecho comúnmente admitido la crisis del Estado providente e ineficiente por la falta de acceso a prestaciones de salud, de seguridad social, de vivienda, higiene y enseñanza. Resultaba análogamente ostensible la carencia de estímulo a la iniciativa privada o ausencia de libertades para emprender en áreas copadas por la burocracia. La desigualdad de oportunidades, concepto nuevo cuya aplicación provocaba –y aún lo hace– reproches al régimen vigente, comenzaba a ser entendida, demandada y llevada a la práctica, desde luego en la instrucción pública y privada⁽³⁰⁾. Por último ¿seguían siendo tangibles los beneficios adjudicados a la ingerencia estatal para explicar la sumisión de la Sociedad Civil y mantenerla casi sin debate?

Se sucedían también – y continúan hoy– fenómenos políticos, de los cuales imperativo es aludir a la partidocracia, el clientelismo, la opacidad en el ejercicio del gobierno, la corrupción, en fin, la prosecución de políticas socioeconómicas impuestas por consignas ideológicas con perjuicio de los estratos medio y bajo de la población⁽³¹⁾.

Secuela de ese panorama crítico fue el cambio en los grados de exigencia de la Sociedad Civil tanto con respecto a la solución, por el Estado Gobierno, de los problemas aludidos cuanto en relación con el aumento de la autonomía de los grupos intermedios para resolverlos directamente y gestionar sus fines específicos⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Consúltese Norman P. Barry: **An Introduction to Modern Political Theory** (Londres, The Mac Millan Press, 1995) pp. 189. El autor citado caracteriza la igualdad de oportunidades con las notas siguientes:

“Es un valor (...). Es una doctrina estrictamente meritocrática (...). Implica la eliminación de ventajas arbitrarias y una nivelación generalizada, al margen de las condiciones sociales y económicas del sistema”.

⁽³¹⁾ Revítese Robin Blackburn (editor): **Después de la Caída. El Fracaso del Comunismo y el Futuro del Socialismo** (Barcelona, Ed. Crítica, 1993) pp. 145 ss. Véase también Giovanni Sartori: **La Democracia Después del Comunismo** (Madrid, Alianza Editorial, 1993) pp. 118 ss.

⁽³²⁾ Chayer, *cit.*, pp. 13, 20 y 21.

En la penumbra, lo que era nada más que una energía virtual se fue tornando patente, en punto a reconocer un cambio en las relaciones humanas. Me refiero a que lo público dejó de ser monopolio estatal, creciendo la conciencia colectiva en el sentido que lo social es también público y que se torna ilegítimo renunciar a la participación en ello.

Hoy nos hallamos ante un horizonte que exhibe tiempos de cambios, calificados por algunos como *agenda progresista*⁽³³⁾. Esa transformación puede ser caracterizada por el consenso en que se torna inevitable reconocer la autonomía creciente de la Sociedad Civil frente al Estado, rasgo que se hace evidente en la devolución de competencias y la asunción de nuevos roles para el desarrollo humano. Por ejemplo, así va ocurriendo en la ciencia y tecnología, en las artes y la cultura, en la satisfacción de carencias de la niñez y tercera edad, en la protección de la vida, de la juventud, de la familia, del patrimonio ambiental y arquitectónico; en la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, en fin, en la seguridad frente a los riesgos de cesantía, pobreza, desamparo y catástrofes.

VII. SINERGÍA PARA LA DEMOCRACIA

De lo razonado hasta aquí fluye una imagen, espero que equilibrada, en punto a los vínculos del Estado y la Sociedad Civil en Chile hoy y para el futuro previsible de Chile. Trátase de una ecuación que busca integrar, complementar y reforzar esas relaciones en beneficio mutuo y con resultados también de provecho común, aunque probablemente sean mayores para el Estado.

Efectivamente, es débil el Estado que carece de apoyo en y por la Sociedad Civil, debiendo para apuntalar su flaqueza recurrir a prácticas autoritarias de efímera pervivencia; y se torna igualmente frágil la Sociedad Civil en pugna con el Estado, carente de los incentivos que promueven la iniciativa creadora en ella, o amenazada en la autonomía que le es intrínseca y sin cuyo despliegue seguro nadie puede inducirla a contribuir al bien colectivo. El desenlace de esa tensión es, inevitablemente, perjudicial para la democracia vivida de acuerdo con los valores, principios y normas de la Constitución. Todo lo contrario sucede cuando el Estado y la Sociedad Civil se reconocen como protagonistas de lo público en la época contemporánea, cooperando en la resolución de problemas acuciantes que, aislados, son incapaces de superar.

(33) Consúltase Anthony Giddens: *La Agenda Progresista* (Valparaíso, Foro de Altos Estudios Sociales, 2004). Véase del mismo autor *La Tercera Vía* (Madrid, Ed. Tecnos, 2000). Esta línea de pensamiento está centrada en la **Modernización Reflexiva**, argumentada por Ulrich Beck, Scott Lash y el mismo Giddens (Madrid, Alianza Universidad, 1997).

Creo que la sinergia descrita se halla adecuadamente planteada por Manfred Mols⁽³⁴⁾, situando la cuestión en sus bases, es decir, en torno de las ideas matrices de lo que es el Estado y la Sociedad Civil en esta época. Desafortunadamente, la dualidad que se desprende del texto siguiente coincide con la relación, generalmente hostil, de la Sociedad Civil y el Estado, la cual se aparta de la vertiente que podría acercarse a la cultura anglosajona:

Quisiera hablar, considerándolas como tipos ideales, de dos representaciones distintas para el Estado moderno occidental, de una concepción estatizante y de una concepción política de él. Según la concepción estatizante aparece el Estado como una forma de vida muy elevada, como un ordenamiento (...) que es dado a los hombres con la cualidad de categoría social fundamental. La tentación a la sacralización está implicada regularmente en este pensamiento acerca del Estado.

La concepción política del Estado se diferencia considerablemente de la concepción estatizante el Estado es equivalente a la forma en la cual una sociedad se organiza como comunidad política. Más afinadamente: el Estado es un trozo de la propia organización de la sociedad. Sus instituciones y métodos se ajustan a las necesidades de la división funcional, social del trabajo, en condiciones que cambian históricamente. El Estado no es una forma de vida elevada sino una creación social entre otras creaciones sociales.

El Estado estatizante fundamentó su derecho a la legitimación por medio del llamado al ordenamiento divino, a la naturaleza de los hombres (en el sentido de Hobbes) y, en su forma secularizada, cada vez más al Derecho positivo (...) El estado político muestra una concepción más profana. La vida privada y la vida pública no son diferenciables. La primacía le corresponde a la vida privada. El Estado no es una entidad abstracta, tampoco la corporización dominante de una idea moral, sino que una agrupación de determinadas funciones y organizaciones que son juzgadas según sus éxitos y fracasos.

Me inclino por la concepción de que, en América Latina, la concepción estatizante del Estado es el elemento que se expresa en primer lugar, entendida como concepción fundante del Estado latinoamericano. (...) El Estado aparece como una agencia de la configuración humana del ser, elevada a lo místico, competente *a priori* y por encima de todo⁽³⁵⁾.

(34) "Estado y Democracia en América Latina", en Sergio Corvalán (editor): **Iglesia, Estado y Democracia en América Latina** (Santiago, Imprenta Salesianos, 1990) pp. 149 - 152 (extracto).

(35) Con sentido semejante puede consultarse Bob Jessop: "The State and State Building", y John Harris: "Development of Civil Society", en R. A. W. Rhodes **et al**, (editors): **The**

VIII. IMPORTANCIA DEL DERECHO

En la Constitución de 1980 y sus veinte reformas, quedó articulada la viabilidad de tales cambios, trazando como objetivo su incentivo mediante la subsidiariedad estatal; la desburocratización que facilita autorizaciones, permisos y fiscalizaciones en donde aún se exigían; y el límite a reformas tributarias o arancelarias, permitiendo a la ley fomentar la filantropía o el mecenazgo. Más aún, se proclamaron en la Carta Fundamental las bases y finalidades principales del orden social y económico, la vía jurídica establecida como única legítima para cambiar el orden vigente y la autonomía de las agrupaciones de la Sociedad Civil frente a la política y los políticos⁽³⁶⁾.

En los años transcurridos hasta 2000, aproximadamente, el legislador siguió esa línea, aunque el Estado Social que iba emergiendo tenía más de injerencia gubernamental que de opciones abiertas a la cooperación social. Apareció en el discurso colectivo el compromiso con la solidaridad como principio y valor que involucra al Estado y la Sociedad Civil en la solución de los problemas de pobreza, marginalidad, exclusión y discriminación⁽³⁷⁾. Había coincidencia en admitir la crisis del Estado, ignorando hacia dónde se encaminaba⁽³⁸⁾ y cuál sería el desenlace. Se comenzó a criticar a los Estados fallidos, por su fracaso en el desempeño de la heterotutela derivada del pacto social⁽³⁹⁾; y se ha dado paso a la denuncia en contra de los Estados débiles, precisamente por carecer de cimientos en la Sociedad Civil⁽⁴⁰⁾.

Pero no era semejante, ni ha dejado de serlo, la convicción dominante en punto a reconocer el papel complementario de la Sociedad Civil en la gobernabilidad

Oxford Handbook of Political Science (Oxford, Oxford University Press, 2006) pp. 111 ss. Y 131 ss., respectivamente.

⁽³⁶⁾ Consúltense, entre otros, el artículo 1 completo; el artículo 5 inciso 2°; el artículo 19 N°s 1, N° 7 inciso 2° letra e); N° 9, N° 10, N° 11, N° 18 y N°s 20 a 26; en fin, los artículos 24, 60 inciso 5°, 113, 115, 118 y 119.

⁽³⁷⁾ Véase Antonio M. Baggio (compilador): **El Principio Olvidado. La Fraternidad** (Buenos Aires, Ed. Ciudad Nueva, 2006) pp. 179 ss.; Raymond Chappuis: **La Solidarité. L'Étique des Relations Humaines** (Paris, PUF, 1999) pp. 3 ss.; y Javier de Lucas: **El Concepto de Solidaridad** (México DF., Ed. Fontamara, 1993) pp. 15 ss.

⁽³⁸⁾ René Lenoir y Jacques Lesourne (directores): **Où va L'Etat. La Souveraineté Economique et Politique en Question** (Paris, Editions Le Monde, 1992) pp. 33 ss.

⁽³⁹⁾ Robert I. Rotberg, Christopher Clapham y Jeffrey Herbst: **Los Estados Fracasados o Fallidos. Un debate Inconcluso y Sospechoso** (Bogotá, P. Universidad Javeriana, 2007).

⁽⁴⁰⁾ Véase Francis Fukuyama: “Estados Unidos no está Preparado para Enfrentar un Mundo Post-Estadounidense”, **“El Mercurio”** de Santiago, (20 de julio de 2008).

democrática⁽⁴¹⁾. En otras palabras, nunca se desvaneció la fe en el Estado, o bien, resultó corto e insuficiente el tiempo para aclimatar la mentalidad a las demandas del Estado Social. El testimonio último y más elocuente de lo dicho se halla en el pasaje que transcribo a continuación⁽⁴²⁾:

“Chile requiere un mejor Estado, el más transparente, con la mejor gente (...). Hemos podido comprobar que los instrumentos con que contamos en el gobierno central, en los gobiernos regionales y en los municipios, ya no son los más adecuados para nuestra era, donde el rol del Estado es mucho más complejo, pero además la expectativa ciudadana es mucho más exigente. (...) Es por ello que hemos promovido dos agendas de gobierno, la agenda de modernización del Estado y la agenda de transparencia y probidad (...). ¿Por qué la prioridad en esta agenda? Porque creemos en el Estado. Por eso estamos empeñados en darle su mejor forma. (...) Se puede hacer de distintas maneras, se puede intentar la reforma desde la desconfianza, buscando su reducción a todo evento y para que interfiera lo menos posible. La verdad es que poco se puede conseguir desde el prejuicio”.

Por eso, aquel impulso inicial, en declive durante la última década, ha perdido vigor, prueba de lo cual son las regulaciones estatales implantadas o restauradas, o las prohibiciones impuestas por el Estado, las intervenciones y fiscalizaciones discrecionales que recaen en la capacidad de emprendimiento privado o las iniciativas de la Sociedad Civil en los ámbitos ya mencionados⁽⁴³⁾. La distinción público-privado, comenzada por Hegel⁽⁴⁴⁾, pero reconducida por Alexis de Tocqueville hacia el fortalecimiento de esa Sociedad⁽⁴⁵⁾, ha perdido ímpetu en Chile,

(41) Jan Kooiman (editor): **Modern Governance. New Government – Society Interactions** (Londres, Sage Publications, 1994) pp. 21 ss.

(42) Mensaje de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, leído ante el Congreso Pleno en Valparaíso el 21 de mayo de 2008, reproducido en el diario “**La Nación**” (22 de mayo del mismo año), de cuyas pp. 23-24 han sido extraídos los pasajes arriba transcritos.

(43) Una excepción a esta regla se halla en el esfuerzo, sin duda encomiable, consistente en la modificación, hoy en trámite en el Senado, de la legislación sobre donaciones con fines culturales, cuyo texto vigente se halla en el artículo 8 de la ley N° 18.985.

(44) Georg Wilhelm Friedrich Hegel: **Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política** (1821) (Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1975) pp. 227 ss.

(45) Alexis de Tocqueville: **La Democracia en América** (1835) (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica), (1963) pp. 557 ss.

retornándose a planteamientos cercanos a las ideologías que dominaron, sin continuidad aunque coincidiendo en la injerencia estatal, cuarenta años atrás⁽⁴⁶⁾.

La vía de acceso a la neoestatalización ha sido, de nuevo, el dilema del des-acuerdo, concebido en términos principalmente económicos: en los últimos diez años, la Concertación Democrática en el gobierno ha impulsado, de modo constante pero con aceleración creciente, la injerencia estatal en la economía privada. Lo ha hecho con fricciones internas pero imponiendo el escepticismo en la iniciativa privada porque no ha redundado en el crecimiento y la distribución equitativa del ingreso nacional.

En síntesis, se ha resucitado, paso a paso, la disyuntiva siguiente: el progreso del país lo hace el Estado, incluso asistido internacionalmente, o no se hace⁽⁴⁷⁾.

En su lugar, propugnamos una alternativa distinta, es decir, la restauración y fomento de estímulos o incentivos para que la Sociedad Civil contribuya al bien común, dentro del marco legal respectivo. Clara y categóricamente, cabe desestimar la entronización de tal Sociedad con base y objetivos marginados de la legalidad positiva, pero a la vez abogar porque ese ordenamiento refleje la confianza en la capacidad de emprendimiento, innovación e inversión privada, trazando incentivos, promoviendo iniciativas, otorgando franquicias y subsidios, en fin, convocando a los expertos más idóneos, de cualquier color político o sin él, para participar tanto en la entrega de ideas y estrategias de cambio novedosas y factibles, cuanto en el seguimiento de su implementación, en su evaluación y su comunicación de resultados a la opinión pública.

El Derecho, en suma, debe ir adquiriendo el tono social de la época contemporánea, alejándose del individualismo y del colectivismo, con las figuras del sujeto sólo y del Estado todo⁽⁴⁸⁾. El Derecho positivo, por consiguiente, no puede

(46) Entre las excepciones a esa línea de pensamiento se halla Luciano Tomassini (editor): **¿Qué espera la Sociedad del Gobierno?**(Santiago, Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile, 1996).

(47) Véase Ernesto Ottone y Crisóstomo Pizarro: **Osadía de la Prudencia y un Nuevo Sentido del Progreso** (Santiago, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003) pp. 104 ss.

(48) Revítese del autor “Trascendencia del Derecho Público en la Formación del Licenciado en Derecho”, **Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso** N° 39 (1994) pp. 395 ss.

Cito esta referencia porque, quince años atrás, puse de relieve la difuminación de los conceptos y límites de lo público y lo privado, incluyendo los hemisferios clásicos de la dogmática jurídica, generados y formalizados al finalizar el siglo XIX. Ahora reitero aquellas proposiciones, recordando que, en la dicotomía recordada, fue marginado el Derecho Social, porque no es público ni privado en el sentido de la verticalidad y horizontalidad, de la supraordinación y

seguir siendo, única ni principalmente, la declaración de una voluntad soberana arcaica, sino que, incesantemente más, la manifestación directa de la autonomía de los grupos intermedios en la autorregulación para contribuir al bien común. Este es, en apretada síntesis, el concepto de Estado Social de Derecho que sustentamos.

Y no es vano terminar insistiendo en desestimar la tendencia, ahora más vigorosa, a reformar o reemplazar los textos normativos para lograr las transformaciones propugnadas. En lugar de ese afán formalista, abogamos por alentar el rol de una jurisprudencia imaginativa, decididamente a favor de realizar los derechos de la segunda generación y que, merced a la interpretación axiológica y finalista de la Constitución y las leyes, permite la evolución hacia la democracia social sin sobresaltos⁽⁴⁹⁾.

IX. REFORMAS PENDIENTES

El panorama resumido debe ser completado con apuntes relativos a otras transformaciones aún pendientes del Estado. Aunque aquí no se discute la heterotutela como característica fundamental que, desde el pactismo y su ulterior refinamiento en contractualismo rousseauiano, ha justificado el monopolio de la coacción legítima sobre la base de las normas jurídicas generales dictadas por órganos del mismo Estado y cuya ejecución también queda reservada a funcionarios públicos, el cambio se orienta hacia la contracción de esa heterotutela, a través, por ejemplo:

- Del reconocimiento a las agrupaciones intermedias de potestad de autocontrol y sanción para cumplir sus finalidades específicas, descargando con ello a la judicatura, ordinaria o especial, de la multitud de causas que tramita con retardo o sin siquiera decidir las;

de igualación, respectivamente, de las relaciones regidas por ellos. Tal inadecuación de dos categorías jurídicas tradicionales no ha sido aún absorbida, adecuadamente, por la dogmática contemporánea, perseverando juristas, la doctrina y los órganos estatales en forzarlas para encajar en ellas, con evidentes tropiezos, cuanto ya es nítido que pertenece a la normativa legítima de la Sociedad Civil, autónoma dentro de los límites ya explicados.

Consúltese también Laurent Cohen – Tanugi: **Le Droit Sans L'État. Sur la Démocratie en France et en Amérique** (Paris, PUF, 1985).

⁽⁴⁹⁾ Un testimonio concreto lo dio el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 976-2007, fechada el 26 de junio de 2008. En ella, cierto que por mayoría de votos, defendió el derecho a la protección de la salud, asegurado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Política, declarando que su índole social involucra la realización de conductas activas de los órganos estatales y de los particulares involucrados, para materializarlo en la práctica, “habida consideración que satisfacer tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea” (considerando 29°).

- Del respeto de zonas de autonomía antes desconocidas o ignoradas, v. gr., con el objeto de realizar y gestionar obras públicas, tutelar bienes nacionales y el patrimonio arquitectónico, operar concesiones de servicios estatales, adquirir el dominio de actividades empresariales del Estado que son privatizadas, desplegar investigaciones científicas y tecnológicas importantes para el crecimiento productivo, la seguridad nacional y la integración transfronteriza, la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, el combate a la indigencia, la drogadicción y la marginalidad⁽⁵⁰⁾; y
- De la superación de fenómenos geopolíticos como las fronteras interiores, avanzando en el objetivo de la cohesión social.

El cambio del Estado busca, además, infundirle eficiencia, eficacia y transparencia en la gestión de sus cometidos propios. Un esfuerzo hoy en curso en esa dirección es el desplegado por el Ministro del Interior y que, tras aprobaciones tibias y críticas moderadas, comienza a concitar apoyo más decidido⁽⁵¹⁾.

Frecuentemente incitando a imitar o replicar lo que ya es práctica antigua en el sector socio-económico privado⁽⁵²⁾, se busca modernizar el aparato estatal para que sirva, con mayor eficiencia y eficacia como he dicho, a una Sociedad Civil más compleja y que demanda la satisfacción de sus aspiraciones y requerimientos concretos. Lógicamente, este propósito conlleva erradicación del cuoteo de cargos en la Administración⁽⁵³⁾, reducción de los cuadros funcionarios, apreciación objetiva de las políticas públicas y de los proyectos sociales, supresión de trámi-

(50) Encomiable es la ley N° 20.241, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 2008, y su reglamento contenido en el DS (Ministerio de Hacienda) N° 411, difundido en ese Diario el 23 de mayo de 2008, sobre incentivo tributario a la inversión privada, en investigación y desarrollo.

(51) Véase David Osborne y Ted Gaebler: **La Reinención del Gobierno. La Influencia del Espíritu Empresarial en el Sector Público** (Barcelona, Ed. Paidós, 1994) pp. 347 ss.

(52) Revítese el diario “**El Mercurio**” de Santiago (3 y 27 de abril de 2008), en el cual se publica un extracto del estudio, preparado por M. Teresa Anguita, titulado “Independientes en Red Propone a Pérez Yoma un Estado más Amigable”. El Secretario de Estado ha vuelto a plantear tales ideas, por ejemplo, en “**El Mercurio**” de Santiago (20 de julio de 2008), anunciando la presentación de un proyecto de ley en el tema.

(53) Un esfuerzo loable en la consecución de esa meta es la creación del Consejo de la Alta Dirección Pública, mediante los artículos 41° y siguientes de la ley N° 19.882, publicada en el Diario Oficial el 23 de junio de 2003. Sin embargo, el nivel de remuneraciones fijado, en general en montos modestos, por la legislación para los cargos y oficios públicos, como asimismo, la retención a ampliar la nómina de entes estatales cuyas jefaturas queden sustraídas de nombramiento y remoción por la confianza exclusiva que tengan de la Presidencia de la República, han significado, en la práctica, la contracción ostensible de tal iniciativa.

tes, liberación de autorizaciones y permisos, intervención en sectores sociales descuidados, aplicación de metodologías más efectivas para cumplir los objetivos trazados y, por último, evaluación de la carga tributaria y de los estímulos a la inversión.

Sin desmerecer la importancia de tales esfuerzos, pienso que son puntuales o circunscritos porque adolecen de una valoración de conjunto de los roles del Estado y de la Sociedad Civil en la época que comenzamos a vivir. En otras palabras, creo que la demanda insatisfecha es a favor de la reestructuración del Estado en función de una mayor autonomía de la Sociedad Civil y de ponderar la relevancia en el tema del nuevo orden internacional. Esa meta puede ser comprendida más claramente visualizando, por separado, los objetivos, de los cuales tienen que fluir, en seguida, políticas públicas de confianza en aquella Sociedad.

En punto a los objetivos, me limito a mencionar:

- El fortalecimiento de la democracia, complementando la representación política, porque el mandato libre que caracteriza a aquella se halla hoy convertido en delegación real en el *gobierno de partidos*, algunas de cuyas características son la política vivida con nivel tan bajo de ideas, programas y conductas que desalienta la participación ciudadana, fomenta el clientelismo en la distribución de empleos públicos y cataliza la autoadjudicación de presupuestos cuantiosos para financiar los procesos electorales y la burocracia de los partidos⁽⁵⁴⁾. Rectificándolas, sin pretender reemplazarlas ni suprimirlas, porque esas fuerzas políticas son esenciales en la democracia de masas, planteamos un régimen que, progresivamente, incorpore las instituciones de la democracia semidirecta, comenzando con el referendo de consulta o ratificación y la iniciativa ciudadana de reformas constitucionales y legales, sea para aprobarlas o rechazarlas.

Sin embargo, estimo contradictorios los últimos planteamientos oficiales en el tema. Efectivamente, algunos alientan la inscripción automática y el voto voluntario, ejercitable en la elección de las autoridades regionales, así como la presentación de mociones de ley y la designación de todos los candidatos en comicios populares a través de elecciones primarias. Otros, por el contrario, apuntan en la dirección opuesta, pues buscan robustecer la hegemonía partidista sobre el siste-

(54) Un análisis del asunto, pero carente de visión general por ceñirse sólo a la práctica anglosajona, culturalmente diferente de la europeo continental y sudamericana, se halla en Bernard Manin: **Los Principios del Gobierno Representativo** (Madrid, Alianza Editorial, 1998) pp. 25 ss. Consúltense también Giovanni Sartori: **¿Qué es la Democracia?** (Madrid, Ed. Taurus, 2007) pp. 303 ss. Véase, asimismo, José Rubio Caracedo: **Teoría Crítica de la Ciudadanía Democrática** (Madrid, Ed. Trotta, 2007) pp. 129 ss.

ma político a través de la legalización de las órdenes de partido a sus parlamentarios; el financiamiento estatal de las actividades de tales fuerzas políticas, ya no sólo como hoy, de sus gastos electorales; y la derogación del precepto constitucional que establece la incompatibilidad entre los cargos de dirigentes de grupos intermedios y de partidos políticos⁽⁵⁵⁾;

- La descentralización del Estado, procurando realizar el principio que los franceses llaman *gestión de proximidad*, es decir, acercando la facultad de decidir sus asuntos colectivos a las comunidades regionales, provinciales, comunales y de vecinos, resultado de lo cual será el incremento de la participación, el mejor control en las decisiones públicas⁽⁵⁶⁾, la rendición periódica de cuentas por los gobernantes, en fin, la distribución equitativa del presupuesto nacional entre las regiones y la mayor legitimidad junto con la fortaleza del sistema gubernativo⁽⁵⁷⁾; y
- La confianza por el Estado en los roles que la Sociedad Civil debe servir para la concreción del bien común, con base en los principios de subsidiariedad y, especialmente, de solidaridad. En este sentido, resulta esencial alentar las iniciativas privadas, no sólo a través de donaciones filantrópicas, sino que, en la gama amplísima de programas para aumentar el capital humano o social del país, mediante becas, capacitación, adiestramiento y perfeccionamiento⁽⁵⁸⁾.

X. EL FUTURO

Sin desconocer ni rebajar, pero tampoco exagerando, las contribuciones valiosas que el Estado hizo y continúa haciendo para el desarrollo humano de la población de Chile y sus relaciones en el mundo globalizado, lo cierto es que

(55) Mensaje de la Presidenta de la República, *cit.*, pp. 22, 24 y 25.

Concretamente, me refiero a la exposición de motivos con que se inicia un proyecto de ley destinado a reemplazar la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, hoy en vigencia, fechado el 27 de mayo de 2008.

(56) Gustavo Penagos: **La Descentralización en el Estado Unitario. Centralización, Descentralización, Participación, Regionalización, Desconcentración, Delegación, Avocación** (Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997).

(57) Véase José Thompson: "Financiación de la Política en América Latina. Algunas Lecciones Aprendidas en la Experiencia Comparada", en José Zalaquett Daher y Alex Muñoz Wilson (editores): **Transparencia y Probidad Pública. Estudios de Casos de América Latina** (Santiago, Andros Impresores, 2008); y Pilar del Castillo y Daniel Zovatto (editores): **La Financiación de la Política en Iberoamérica** (San José - Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1998).

(58) Chayer, *cit.*, pp. 22 - 23.

necesita, con caracteres ineludibles y apremiantes, que los órganos públicos, sin excepción, demuestren su compromiso con postulados en pro de la Sociedad Civil. Esa doctrina de gobierno tendría que materializarse en tópicos como los siguientes⁽⁵⁹⁾:

- Reconocimiento que la Sociedad Civil es fuente de costumbres cívicas inobjectables;
- Catalizadora de esfuerzos solidarios;
- Factor de cohesión y de involucramiento en la consecución de tareas de bien colectivo;
- Contrapeso a lo excesos estatalistas⁽⁶⁰⁾;
- Generadora de trabajo, tecnología y aumento de la productividad; y
- Multiplicadora de energías y de consolidación, institucionalmente entendida, del Estado-Gobierno.

Cierto es que coincido con la separación de ambos conceptos, de la cual suelen fluir contradicciones de uno con otro, pero también y, con mayor frecuencia, afirmo la comunicación e integración entre ellos. De tal premisa se sigue el apoyo que la Sociedad Civil otorga al Estado, de la cual éste extrae la mayoría de sus recursos humanos y presupuestarios. Asimismo, aquella es clave en la colaboración requerida para incrementar la gobernabilidad y mantener, por generaciones, la continuidad en la implementación de políticas de bien común, venciendo así el síndrome característico del ámbito latinoamericano, consistente en interrumpir esa perseverancia para emprender, en su lugar y con alto riesgo de quiebres institucionales, proyectos fundacionales de naturaleza ideológica ya fracasados.

Hoy se avizora que Estado y Sociedad Civil tienen una proyección que excede las fronteras estatales, erigiéndose, paso a paso, en miembros de una comunidad mundial⁽⁶¹⁾.

El desafío, por ende, yace en mantener el Estado, sin desmantelarlo pero, paralelamente, en exigir el reconocimiento de la autonomía de la Sociedad Civil

⁽⁵⁹⁾ Adam B. Seligman: “Animadversions upon Civil Society and Civic Virtue in the Last Decade of the XXth Century”, en John A. Hall (editor): **Civil Society. Theory, History, Comparison** (Cambridge, Polity Press, 1995) pp. 200 ss.

⁽⁶⁰⁾ Mary Ann Glendon: “Democracia y Sociedad Civil”, Revista **Humanitas** N° 47 (2007) pp. 428 ss.

⁽⁶¹⁾ Simona Chambers y Jeffrey Kopstein: “**Civil Society and The State**”, en R. A. W. Rhodes, Sarah A. Binder y Bert A. Rockman (editores): **The Oxford Handbook of Political Institutions** (Oxford, Oxford University Press, 2006) pp. 363 ss.

por razón de objetivos democráticos y la concreción del bien común, alcanzándose umbrales de convivencia civilizada en la consecución de finalidades legítimas y no de mero respeto formal de un conjunto de reglas de procedimiento⁽⁶²⁾. Un Estado fuerte no puede existir con una Sociedad Débil y al revés; idéntica inferencia hago a propósito de la democracia constitucional y el imperio del Derecho.

EPÍLOGO

Concluyo puntualizando que el principio de separación de órganos y funciones, aplicable al orden político, tiene que ser extendido a las relaciones internas que ocurran en la Sociedad Civil⁽⁶³⁾. En esta, sin duda, también suceden fenómenos de concentración del poder socioeconómicamente entendido, cuyas secuelas terminan corroyendo el régimen de acceso a bienes y servicios por toda la población, perjudicando a agrupaciones débiles o minoritarias y afectando la estabilidad de la actividad política⁽⁶⁴⁾.

Una aplicación de lo planteado se halla en el principio de transparencia y de su secuela específica, relativa al acceso a la información. Con esto quiero decir que la operacionalización de ese principio y su consecuencia con respecto al Estado – Gobierno tiene que regir, al menos con rasgos parecidos, en el ámbito de la Sociedad Civil, sin que sea legítimo invocar la privacidad para excluirlo.

El imperio del Derecho tiene que ser efectivo también en las relaciones intrasociales porque así lo exige la concreción del bien común. Especialmente concientes han de estar los líderes de las asociaciones intermedias para precaver tanto las injerencias estatales indebidas o interesadas como prácticas hegemónicas privadas⁽⁶⁵⁾. Efectivamente,

(62) Georgina Blakeley y Valerie Bryson (editores): **Contemporary Political Concepts. A Critical Introduction** (Londres, Pluto Press, 2002) pp. 90.; y, en general, John A. Hall (editor): **Civil Society**, cit.

(63) Véase del autor de este ensayo “Proyecciones de la Separación de Poderes en el Estado Contemporáneo”, II **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007) pp. 147 ss. En semejante sentido, consúltese Wolfgang Hoffmann-Riem: “La División de Poderes como Principio de Ordenamiento”, en **Anuario cit.**, pp. 211 ss.

(64) Revítese Ernesto Ottone y Carlos Vergara: **La Desigualdad Social en América Latina y el Caso Chileno** (Santiago, CEPAL, 2006). Además, consúltese la obra ya citada de CEPAL – Secretaría General Iberoamericana: **Cohesión Social. Inclusión y Sentido de Pertenencia en América Latina y El Caribe**; y CEPAL: **Panorama Social de América Latina** (Santiago, Documento Informativo, 2007).

(65) Véase Ernst-Wolfgang Böckenförde: **Escritos sobre Derechos Fundamentales** (Baden – Baden, Ed. Nomos, 1993) pp. 84 ss.

algunas entidades invocan el principio de subsidiariedad, pero con el propósito de alejar la heterotutela estatal sin practicar, en su lugar, la solidaridad social. Indudablemente, esas prácticas pugnan con el Estado Social y tornan más difícil avanzar en el largo y complejo camino que es necesario recorrer para aproximarse y, en lo posible, llegar a él.

Probablemente, la condensación de lo escrito en este ensayo se encuentre en la inquietud planteada por Ralf Dahrendorf y en la respuesta que él mismo le da⁽⁶⁶⁾:

“El efectivo poder de autogobierno evidentemente está cada vez menos, no cada vez más, en manos del pueblo, del *demos*. El proceso de toma de decisión es cada vez más recóndito y a veces misterioso. (...) Por ende, por más que siga creyendo en los principios de la democracia clásica y me proclame su gran defensor, también estoy convencido de que a partir de ahora debemos repensar las órdenes constitucionales mediante las cuales funciona la democracia a la luz de los cambios fundamentales que se produjeron y siguen produciéndose. (...) Yo soy un apasionado sostenedor de la Sociedad Civil. En consecuencia, me gusta un mundo en que la política no lo es todo, sino que gran parte de la vida de la gente se desarrolla por fuera de la política (...) Pero es llamativo que la independencia debe ser garantizada por el gobierno, en vez de basarse exactamente en lo contrario. (...) Nos hallamos ante problemas que no tienen respuestas fáciles. El problema es que la centralidad ya no existe más. Por ende, los demócratas deben procurar aplicar los principios liberales en un contexto profundamente cambiado. Después de la democracia, debemos y podemos construir una nueva democracia”.

⁽⁶⁶⁾ **Después de la Democracia** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003) pp. 7, 8, 102, 103, 104 y 142.

BICENTENARIO. 1808: CONSTITUCIÓN DE BAYONA. LOS INICIOS DEL NUEVO RÉGIMEN EN CENTROAMÉRICA

JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA (*)
(Guatemala)

SUMARIO: 1. Los acontecimientos. Bayona. La Génesis de la Junta. 2. Noticias de Guatemala. 3. La Junta de Bayona y la Constitución. 4. Los diputados americanos. 5. El diputado por Guatemala. 6. Las decisiones políticas fundamentales.

El inicio de nuestra vida constitucional, debe vincularse estrechamente a la reunión de la Junta que, en Bayona, Napoleón hizo reunir.

1. LOS ACONTECIMIENTOS. BAYONA. LA GÉNESIS DE LA JUNTA

A partir de 1808, España se ve envuelta en un proceso crítico que la lleva a la guerra civil. Estos acontecimientos, se inician con las desavenencias de la familia real, y el acercamiento de Carlos IV con el Emperador Napoleón. El Tratado de Fontainebleau que se firma con este último, con el objeto de sellar una alianza contra Portugal, permite que tropas francesas se internen en territorio español, pero desbordando su camino, exigen ser acuarteladas con las tropas españolas. La invasión francesa se había iniciado.

Carlos IV, abdica a favor de Fernando, para retractarse mas tarde, buscando el apoyo de Napoleón, el que astutamente se lo niega, obligándolo a entregar la

(*) Universidad Nacional Autónoma de México. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Corona española a los franceses. En los innobles documentos de abdicación el Emperador “da y afianza a su magestad el Rey Carlos una lista civil de 30.000.000 de reales”, se conviene en que “el palacio imperial de Compiègne con los cotos y bosques de su dependencia quedan a disposición del Rey Carlos mientras viviere”, se concede “a su Alteza Real (Fernando VII) 400.000 frs. De renta sobre el tesoro de Francia” y a cambio de este plato de lentejas, “S.M. el Rey Carlos... cede por el presente todos sus derechos al trono de las Españas y de las Indias a S. M. el Emperador Napoleón, asentándose que S. A. R. el Príncipe de Asturias “adhiriéndose a la cesión hecha por el Rey Carlos de sus derechos al trono de España y de las Indias a favor de S.M. el Emperador de los franceses”.

2. NOTICIAS DE GUATEMALA

Por un oficio “reservadísimo” del Virrey de México, don José de Irungaray, fechado el 26 de julio de 1806, se tuvo noticia en Guatemala de los acontecimientos de Bayona. Fácil es imaginar el tremendo impacto que causaron en la opinión. Inmediatamente, el Capitán General Mollinedo y Saravia convocó a una Junta de todas las primeras autoridades, al la cual asistieron los Ministros del Real Acuerdo, el Arzobispo metropolitano, el Cabildo Eclesiástico, los miembros del ayuntamiento, los preladados de los conventos, los principales jefes del ejército, el Marqués de Aycinena, altos empleados del Tesoro, la Universidad, el Real Consulado y el Intendente de Comayagua⁽¹⁾ y sobre la argumentación del Fiscal de la Audiencia don José Yáñez⁽²⁾ resolvieron no acatar lo resuelto en Bayona,

(1) A. H. N., Madrid, Estado-Junta Central- América, legajo 57 C., Guatemala, documento 13 Y se tuvo al corriente a las provincias del reino. En Costa Rica “la provincia más pobre y atrasada del Reino de Guatemala, ni siquiera se tenía noticia del motín de Aranjuez, por lo que se seguía considerando a D. Carlos IV como legítimo monarca. El 12 de septiembre de 1808 el Gobernador D. Tomás de Acosta y Hurtado de Mendoza, enterado por el Capitán General de las Sesiones de Bayona y de la actitud de Guatemala, convocó a una reunión de autoridades y vecinos principales de Cartago el 17 del mismo mes y en ella... Unánimemente dijeron que no reconocen ni reconocerán jamás los actos de cesión hechos en Bayona...”, Jorge Sáenz Carbonell **El despertar constitucional de Costa Rica**. San José, Costa Rica: editorial Libro Libre, 1985, p. 67.

(2) “...Por el mismo estilo y frases castellanas de tales renunciaciones, que se suponían de los Sres. Reyes Don Fernando y Don Carlos, ellas eran nulas, pr. Q. havian sido arrancados por la fuerza, en territorio enemigo, y en medio de bayonetas, y que si el respetable derecho de las gentes de donde traen origen los contratos no permite que nazca obligación civil, ni natural, quando la voluntad de los contrayentes no está libre y expedita, menos podía traspasarse la Diadema á otro tercero, quando sus legítimos poseedores, en el mismo acto de la renuncia, expresaban, el uno, que lo hacía por las extraordinarias circunstancias en que se le había puesto, y por la exigencia imperiosa con que era tratado, y el otro, que por estar rodeado de escollos, no le quedaba mas arbitrio, que el de su ida a Bayona, que en sentido legal, semejantes expresiones en boca de los Sres. Reyes renunciadores, era una verdadera protesta para todo español que

desconocer a las autoridades intrusas extranjeras y renovar fidelidad a los monarcas “legítimos”.

“Notando menudamente –dice el Acta de la Sesión de 14 de agosto de 1808– el tenor y la data de los documentos que se llaman decretos y actos de renuncia de nuestros Soberanos y Real Familia a favor del Emperador de los franceses, y las cláusulas significativas, que acaso por ignorancia de nuestra lengua se dejaron correr; como aquellas, entre otras, del Sr. D. Carlos IV que dicen: Hoy, las extraordinarias circunstancias en que me ha puesto y me veo... (...) exigen imperiosamente de mi (...). Y las siguientes del Sr. D. Fernando VII. y Serenísimos Infantes: rodeados de escollos, no tenían mas arbitrio que el de escoger entre varios partidos el que produgese menos males y eligieron como tal el de ir a Bayona. Todo lo cual, con las anteriores ocurrencias, pone de manifiesto, que este ha sido un plan horrible (...).” En situación semejante, concluye el Acta, “ni los que se dicen actos de renuncia pudieron ser libres, ni por nuestras Leyes y Constitución de la Monarquía tienen validación alguna en su esencia y efectos. Uniformemente dijeron: que no se reconocen ni reconocerán en tiempo alguno, los expresados actos, teniéndolos como los tienen por desnudos de toda autoridad y fuerza extrínseca, y por violentos, ilegales y nulos a la vista. Y en consecuencia, acordaron renovar, como renovaron todos el juramento de fidelidad a Nuestro Legítimo Soberano, y a las leyes que actualmente nos rigen, guardando toda unión y conformidad con los Magistrados, para que se conserve ilesa nuestra sagrada Religión, y se mantenga el buen orden y la tranquilidad pública, y protestando no admitir ninguna autoridad extranjera”⁽³⁾. Todo esto a pesar del **Manifiesto** del

conozca la energía de su idioma. Prové que aún cuando las abdicaciones fuesen públicamente válidas por parte de la familia Real congregada en Bayona, por este acto no podía perjudicarse el derecho de suceder que daba a las demás personas la ley 2, tit. 19, partida 2^a. Que es la fundamental del Gran Mayorazgo del reyno y que la señora Infanta Carlota futura Reyna de Portugal residente en los brasiles, sería la que debía ocupar el Trono de España, y estas Americas, en el caso de que la línea masculina fuera inmolada por la ambición de Bonaparte, o no se sostubiere la rigurosa asignación, que se aprovo en la cortes celebradas el año 13 del siglo pasado de que habla el auto acordado 9, tit. 7. lib. 9 de Castilla. Prové que en el evento, que no era de temerse, que Bonaparte extinguiera de la tierra la casa de Borbón, entonces la Nación Española conforme a la segunda manera, de que habla la ley 9, tit. 8^o, partida 2, establecería una nueva constitución para gobernarse por ella, antes que sujetarse a reconocer la Dinastía tiránica, y Regicida de los Isleños de Córcega...” . A. H. N., Madrid, sección Estado-Junta Central-legajo 57-C, documento 24. “El Fiscal de la Real Audiencia de Guatemala da cuenta a V. M. de la conducta que han observado los Gefes y tribunales y demás cuerpos y vasallos del Reyno en la presente época de trastorno maquinado contra las leyes fundamentales de nuestra monarquía Española por Napoleón Bonaparte”.

(3) “Acta de la Junta”, copia impresa rubricada por don Alexandro Ramírez, A. H. N., Madrid, Estado - Junta Central - América, legajo 57 - C. Guatemala, documento 6.

mismo Fernando, recomendando obediencia y de la nota de Porlier, Ministro español de la Guerra, que fue rechazada.

El mismo Capitán General abrió una suscripción con el nombre de **Donativo Patriótico voluntario**⁽⁴⁾ que sería destinado a la península a la orden del Rey Fernando o al de los que ejercieran el poder a su nombre. “En diciembre del año siguiente, a pesar de la pobreza del erario del país que necesitaba un situado de doscientos mil pesos para cubrir sus necesidades administrativas, el donativo había producido ya \$ 1.066.992.2 res... Que fueron remitidos íntegramente o en añiles o en plata efectiva, o en libranzas contra Holanda. Hay que recordar que el comercio general de todo el reino no llegaba anualmente a un millón de pesos. Además, el país estaba escasísimo de numerario, y como se remitiera gran parte de aquella cantidad en plata efectiva, la situación y angustia pecuniaria llegaron a su colmo. Aquello fue pues un verdadero suicidio”⁽⁵⁾. Curioso es observar que las comunidades indígenas fueron las que contribuyeron con mayor cantidad, expresando su decisión de ayudar con todo el haber que tenían, no siéndoles aceptado más que \$100.000. El Marqués de Aycinena don Gregorio Urruela, el Arzobispo Peñalver y Cárdenas y don Gregorio Castriciones de San Salvador, fueron los contribuyentes mas importantes⁽⁶⁾.

De estos donativos en el reino, se hicieron varios. El Arzobispo de Guatemala envió una “Carta Circular” solicitando de los sacerdotes y fieles colaboradores, para la guerra de España: “Por mi parte –decía en carta a don Ignacio de la Pezuela– contribuyo desde el mes de Marzo próximo pasado con cien pesos fuertes mensualmente. Aunque en la actualidad me mantengo de prestado a cuenta de lo que podré percibir de la renta de la mitra de aquí a un año... y se regula que la renta que podrá corresponderme no pasará de doce mil pesos...”⁽⁷⁾.

(4) “Testimonio del expediente sobre cumplimiento de la Real Orden de 19 de marzo de este año, relativa a la abdicación voluntaria que el Señor don Carlos Cuarto hizo de su Corona en el Sr. Dn. Fernando Séptimo. Guatemala, año de 1808”, **A.H.N.**, Madrid, Estado - Junta Central - América, legajo 57 C, documento 13.

(5) Ramón Salazar, **Historia de veintiún años. La independencia de Guatemala**. Guatemala: 1956, pp. 117.

(6) “Testimonio del expediente sobre cumplimiento de la Real Orden de 19 de Marzo de este año, relativa a la abdicación voluntaria que el Señor Don Carlos cuarto hizo de su corona en el Sr. Dn. Fernando Séptimo. Guatemala, año de 1808”, **A. H. N.**, Madrid, Sección Estado – Junta Central - legajo 57-C, documento 13.

(7) “Carta de Fray Ramón Cassaus y Torres al Ministro de Gracia y Justicia, de 13 de julio de 1812”, **A. G. I.**, Audiencia de Guatemala, duplicados de Gobernadores Presidentes, años 1812-1814, legajo 495.

Nuestros hombres, ante todos estos acontecimientos, fueron tomando conciencia de la propia nacionalidad y empezaron a meditar seriamente en la independencia de la Corona. Ante ellos se presentaba el problema trascendental de establecer a quien correspondía la verdadera autoridad peninsular: ¿Al Consejo, que Fernando había dejado al trasladarse a Bayona? ¿Al mismo rey que había renunciado al trono? ¿A José Bonaparte, nombrado por el rey de los franceses? ¿O a la Junta de Sevilla que había levantado la bandera de la resistencia contra el extranjero? ¿O a las Juntas Populares que trataron de formarse en América...? La solución de estas interrogantes da la clave de la forma en que se incubaba en las mentes de nuestros hombres el pensamiento con que afrontarían el desarrollo posterior de los acontecimientos.

Como en otras partes, los independentistas ya activos y atentos a los acontecimientos, tratan sin éxito, de establecer una Junta independiente, como lo apunta el Tesorero Vela en su **Informe**, al denunciar que trataron de retrasar la jura de Fernando, pusieron trabas al reconocimiento de la autoridad de la primera Regencia “renovando el intento de Junta Independiente; mas no encontrando todavía mayor apoyo no se la reconoció”; indica que “el Gobierno, tubo pr. Conveniente, reunir en vista de una noticia tan desagradable, a las corporaciones para tratar de asegurar la tranquilidad pública, y desde luego hubo individuos en quienes se dejaron vislumbrar las ideas de subversión, qe. a pretexto de la orfandad de la Patria, intentaron como en otras partes el establecimiento de Junta gubernativa; pero venciendo el mayor número, se juró fidelidad al rey, reconociendo el Govno. q. en su Real nombre rigiese la Monarquía⁽⁸⁾.”

En México, en la Junta celebrada el 19 de julio de 1808, se estudió la situación del reino español, reunido el cabildo extraordinario de esa ciudad. Y don Juan Francisco de Azcárate defendió la nulidad de las renunciaciones y esbozó la idea de la soberanía nacional. El Virrey Iturrigaray convocó a una Junta General, en la cual el Licenciado Francisco Primo de Verdad y Ramos “defendió la doctrina de la soberanía del pueblo, para lo cual se apoyó, ya no en el pensamiento de los jesuitas españoles, sino en las ideas de Pufendorf, entre otros pensadores”⁽⁹⁾. Y al decir de Gavidia, José Matías Delgado en San Salvador, al conocer los acontecimientos de la capital de Reino de Guatemala, defendió los mismos puntos de vista

⁽⁸⁾ **Informe del Ministro Tesorero de las Reales Cajas de Guatemala, acerca del estado deficiente del erario antes y después del 15 de septiembre de 1821.** Madrid, 11 de marzo de 1823. Vid., también Ricardo Toledo Palomo, **Las artes y las ideas de arte durante la independencia (1794-1821)**. Guatemala: Sociedad de Geografía e Historia, 1977, pp. 125-132.

⁽⁹⁾ Mario de la Cueva, “La idea de soberanía”, en **Estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán**, México: Imprenta universitaria, 1964, p. 306.

y aún llegó mas lejos, al propiciar desde ese momento la independencia de España: “La política ostensible de Delgado en tal momento fue: la Independencia absoluta en Centro América, en espera de la libertad del Soberano”⁽¹⁰⁾.

3. LA JUNTA DE BAYONA Y LA CONSTITUCIÓN

En estas circunstancias, se promulga nuestro más antiguo antecedente legal en materia constitucional, aunque de carácter imperfecto. Nos referimos a la Constitución de Bayona, que fue decretada “en nombre de Dios Todopoderoso, por Don José Napoleón, por la gracia de Dios Rey de las Españas y de las Indias”⁽¹¹⁾.

Cuerpo poco estudiado, al que se hace referencia con pasión peyorativa, explicada – que no justificada– por la exacerbación del sentimiento nacional español en la gesta que históricamente se ha llamado la Guerra de Independencia.

La idea de una Junta Constituyente no aparece en la correspondencia y documentos de la época, como una idea preconcebida de Napoleón para España. Por primera vez, se hace mención a ella en una carta de Murat al Emperador de 14 de abril: “Permitidme comunicaros una idea que, según yo –decía– producirá un gran efecto, fijaría las incertidumbres, reuniría las opiniones, halagaría el amor propio nacional y conduciría al objeto que vuestra Magestad quiere alcanzar. Sería la convocatoria de una dieta española en Bayona o Burdeos, compuesta de clero, nobleza y estado llano”.

Los puntos de vista al respecto de los Ministros españoles Azanza y O’Farril, influirían indudablemente en Murat, pues en carta de 17 de abril insistía ante el Emperador que O’Farril y Azanza “quieren como todo buen español a una Constitución de V. M. de la que todos sienten la necesidad”.

Napoleón contesta no con gran entusiasmo. Primero, manifiesta que se harán reformas “si los españoles juzgan necesario algunos cambios en su Constitución”; mas tarde se interesa por la institución de Cortes que convalidaran el cambio de dinastía y sólo mas tarde se decide a integrar la Asamblea. Así, el 12 de mayo escribe a Murat; “Deseo que se me diga cuales son las ideas del Consejo de Castilla sobre la convocatoria de una asamblea de diputados de las provincias, que quería hacer reunir en Bayona. Por este medio no haría proclamación y no haría más que aparecer ante la Asamblea con el nuevo Rey. Cada provincia haría sus cuadernos (cahiers) de cargos para pedir lo que creyese conveniente y exponer el deseo del

(10) Francisco Gavidia, **Historia Moderna del Salvador**, San Salvador: 1958, pp. 47-48.

(11) **Constitución de Bayona**, texto en “Digesto constitucional de Guatemala”. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala** (1944), época III, T. VII, núms. 2, 3 y 4.

pueblo. Sería preciso que esta asamblea se reuniese en Bayona el 15 de junio y estuviese compuesta por tercios de la nobleza, sacerdotes escogidos la mitad en el alto clero y la otra mitad en el bajo clero y el estado llano. No debería componerse de mas de ciento cincuenta personas”. Y concluía abriendo la puerta a una representación por procedimiento electoral: “Dejo a la opinión de la Junta la manera de hacer elegir a los diputados”.

El 25 de mayo, convalida la convocatoria el Duque de Berg, dando “con más maestría que oportunidad” –al decir de Rico y Amat– el decreto y el manifiesto de convocatoria de la asamblea: “Españoles: Después de una larga agonía vuestra nación iba a perecer. He visto vuestros males y voy a remediarlos. Vuestra grandeza y vuestro poder hacen parte del mío y vuestros principios me han cedido todos sus derechos eternos al amor y al reconocimiento de vuestra posteridad. Vuestra monarquía es vieja; mi misión es renovarla; mejoraré vuestras instituciones y os haré gozar, si me ayudáis, de los beneficios de una reforma, sin que experimentéis quebrantos, desórdenes y convulsiones. Españoles: he hecho convocar una asamblea general de las diputaciones de las provincias y ciudades. Quiero asegurarme por mí mismo de vuestros deseos y necesidades entonces depondré todos mis derechos y colocaré vuestra gloriosa corona en las sienes de un otro yo, garantizándoles al mismo tiempo una constitución que concilie la santa y saludable autoridad del soberano con las libertades y privilegios del pueblo. Españoles: recordad lo que han sido vuestros padres, y contemplad vuestro estado, no es vuestra la culpa, sino del mal gobierno que os ha regido; tened gran confianza en las circunstancias actuales, pues yo quiero que mi memoria llegue hasta vuestros último nietos y esclamen: ¡ Es el regenerador de nuestra patria; Napoleón!”.

En la convocatoria se siguió, en sus aspectos esenciales, el sistema tradicional español: integración en tres brazos, clero, nobleza y estado llano, pago de los procuradores por las ciudades que representaban, designaciones directas en los brazos de la nobleza y clero. Las novedades en la que se incorporaba el espíritu napoleónico, se hacían sentir en la integración del brazo eclesiástico en alto y bajo clero, en la importante representación de las Universidades que vigorizaba el estado llano, así como la de las cámaras de Comercio.

En la realidad, ante la generalización del levantamiento contra los franceses, que impidió llegaran a Bayona los designados y la oposición abierta o velada de concurrir de otros⁽¹²⁾ la asamblea se reunió, tenazmente encaminada, integrándose

(12) La negativa del Obispo de Orense es característica. Exponía diversas razones -pretextos diríamos nosotros- de carácter personal, que le impedían concurrir a Bayona, pero envía un exposición escrita sobre lo que “...diría y protestaría en la Asamblea de Bayona, si pudiese concurrir a ella”. Sus conclusiones eran éstas “La Nación se ve como sin Rey, y no sabe a que

arbitrariamente a base de nombramientos directos a personas afines y sin la representación equitativa⁽¹³⁾ que al principio fue prevista, celebrando sus sesiones apresuradamente, con escasas discusiones doctrinarias, cargada de intervenciones de detalle, y sin la grandeza natural de un cuerpo constituyente: “Las primeras sesiones, se emplearon en las ceremonias de apertura y presentación del nuevo Rey, y hasta la tercera no se leyó el proyecto de constitución, que les iba a ser sometido. Se acordó que fuera impreso y se repartiese entre los diputados para que en el término de tres días, presentase cada uno, por escrito, las consideraciones que su lectura le sugiriese, pudiéndose entre tanto, para ilustrar a la opinión, usarse de la palabra sin entablar controversias, ‘que no ilustran, sino que confunden’. La

atenerse. Las renunciaciones de sus Reyes y el nombramiento del teniente gobernador del Reino son actos hechos en Francia y a la vista de un Emperador, que se ha persuadido de hacer feliz a España con darle una nueva dinastía, que tenga su origen en esta familia tan dichosa, que se crea incapaz de producir Príncipes que no tengan o los mismos o mayores talentos para el gobierno de los pueblos que el invencible, el victorioso, el legislador, el filósofo, el grande Emperador Napoleón. La Suprema Junta de Gobierno, a más de tener contra sí cuanto va insinuado, su presidente armado y un ejército que la cerca, obliga a que se la considere sin libertad, y lo mismo sucede a los consejos y tribunales de la Corte. ¡Qué confusión! ¡Qué Caos y que manantial de desdicha para España; no puede evitarla una Asamblea convocada fuera del Reino, y sujetos los que componiéndola, ni pueden tener libertad, ni aún teniéndola, creerse que la tuvieran. Y, si se juntasen a los movimientos tumultuosos que pueden temerse dentro del Reino, pretensiones de príncipes y potencias extrañas, socorros ofrecidos o solicitados y tropas que vengan a combatir en su seno contra los franceses y el partido que les siga, ¿qué desolación y qué escena podría concebirse más lamentable? La compasión, el amor y la solicitud en su favor del Emperador y Rey, podrá, antes que curarla, causarle los mayores desastres”. **Respuesta dada a la Junta de Gobierno por el Ilmo. Sr. Obispo de Oronse, D. Pedro Quevedo y Quintana, con motivo de haber sido nombrado Diputado a la Junta de Bayona.**

(13) Por su parte, los diputados que concurrieron justificaban su actitud con las siguientes palabras de Azanza y O’ Farril que pueden atribuirse a todos: “¿Qué hicieron pues, los vocales de la Junta de Bayona, firmando una Constitución y los demás españoles que la aceptaron, sino procurar sacar todas las ventajas posibles a favor de la independencia y libertad de la nación apoyados en razones de conveniencia política, que la experiencia reciente, y aún la de un siglo entero, había hecho conocer como la más provechosa y necesaria entre dos naciones a quienes su posición geográfica les dicta la necesidad de vivir unidas? Si se consideran las alternativas a que pudiera quedar expuesta la España de resultas de la abdicación de sus soberanos, es preciso confesar que todas se hacían menos funestas, evitando una revolución en el interior y una guerra de conquista, que la hiciese entrar en lucha contra las fuerzas de Francia. He aquí lo que los diputados de la Junta de Bayona se propusieron y desearon evitar adhiriendo al nuevo soberano que daba a la nación y el partido que juzgaron debía ella abrazar en aquellas circunstancias, como el único que podría salvar su existencia política y conservar en mejor estado sus recursos y sus fuerzas”, Azanza y O’ Farrill, **Memoria sobre los hechos que justifican su conducta política desde Marzo de 1808 hasta Abril de 1814**, p. 56, citados por Miguel Artola, **Los afrancesados**, Madrid: MCMLII, p. 46.

impresión completa del proyecto, no fue terminada, hasta la sexta sesión, momento, en el que ya se habían hecho algunas indicaciones. En ella se acordó formar una comisión, que extractase y agrupase las observaciones que se fueron recibiendo, las cuales fueron puestas a votación en la novena y décima sesiones; en la undécima –30 de junio– se dieron por terminados los trabajos de la Junta y en la duodécima, celebrada el 7 de julio, tuvo lugar la solemne sesión de publicación y juramento”⁽¹⁴⁾.

Se ha dicho que, aunque la participación directa en la elaboración del proyecto, es importante por el propio Napoleón, y especialmente de las observaciones hechas por los diputados,” los redactores del proyecto fueron Juan Bautista Esmenard con el apoyo de Miguel José de Azanza”⁽¹⁵⁾.

Aunque es corriente afirmar que la Constitución fue aprobada sobre unos borradores de Napoleón, es lo cierto, que si el proyecto fue redactado “por las ordenes y bajo el dictado” del Emperador, éste sufrió varias modificaciones, y antes de aprobarse el texto definitivo, hubo de elaborarse tres proyectos, oírse las opiniones de muchos diputados por escrito, y pasar por la discusión en las sesiones, aunque estas fueron, como hemos apuntado antes, carentes de elevación y categoría. En una exposición redactada a mano por el Ministro Maret⁽¹⁶⁾, que tuvo destacada actuación por mandato de Napoleón en estos trabajos, se bosquejan los avatares del primer proyecto, y se da una guía auténtica para estudiar la génesis del texto de Bayona: “El Estatuto constitucional para España –dice el Ministro– ha sido redactado por las órdenes y bajo el dictado de S. M. el Emperador y Rey. Ha sido enviado a Madrid a fin de Mayo para ser comunicado a los ministros y a los miembros de la Junta de Gobierno y saber su parecer. MM. Laforet y Freville han enviado un informe muy detallado sobre las observaciones en consideración y ha ordenado en consecuencia modificaciones importantes. Antes de la apertura de la Junta de Bayona, S.M. ha hecho consultar a los Sres. Azanza y Urquijo. Nuevas modificaciones han sido hechas sobre sus observaciones. Habiendo llegado una parte de los miembros de la Junta, S. M. les ha hecho reunir para su examen preparatorio; han nombrado una comisión que ha hecho observaciones y

(14) Carlos Sanz Cid, **La Constitución de Bayona. Labor de redacción y elementos que a ella fueron aportados, según la documentación que se guarda en los Archivos Nacionales de París y en los papeles reservados de la Biblioteca del Real Palacio de Madrid**, Madrid: Editorial Reus, 1922, pp. 114-115.

(15) Cayetano Núñez Rivero y Rosa María Martínez Segarra, **Historia Constitucional de España**, Madrid: Editorial Universitas, 1997, p. 48.

(16) **Archives Nationales**, A. F., IV, 1.680. Original en francés, citado por Sanz Cid, **Op. cit.**, pp. 168-169.

ha dado lugar a nuevos cambios. Estas precauciones tomadas, para dar al proyecto de estatuto el carácter más propio para los habitantes, para las costumbres, para las opiniones de España, habían tenido también por objeto evitar discusiones penosas sobre puntos y observaciones casi confidenciales que podían determinar una separación. El proyecto estaba, por tanto, en un cierto grado de madurez cuando la Junta se ha abierto. Se le ha hecho imprimir y ha sido distribuido a todos los miembros, que han sido invitados a dar su opinión por escrito sin perjuicio de la discusión en la Asamblea. Las opiniones escritas o verbales han sido recogidas por una comisión que ha hecho un resumen exacto y detallado de todas las observaciones. Este resumen, habiendo sido presentado a S. M., ha debido creer que el proyecto se acercaba lo más posible a las verdaderas necesidades de España y a los deseos de sus representantes y ha puesto su firma en la pieza adjunta...”.

4. LOS DIPUTADOS AMERICANOS

Ni en la convocatoria ni en las **Instrucciones** para la integración de la Asamblea, se hace mención de la representación de las provincias americanas. Pero más tarde, según se anuncia en la **Gaceta de Madrid** de 24 de mayo de 1808, el propio Murat y la Junta de Gobierno resolvieron conceder una representación de seis diputados, nombrando sin elección, por la premura del tiempo, a las siguientes personas, naturales todas de América: el Marqués de San Felipe y Santiago, por la Habana; don José del Moral, por la Nueva España; Don Tadeo Bravo y Rivero, por el Perú; Don León Altolaguirre, por Buenos Aires; Don Ignacio Sánchez de Tejada, por Santa Fé; y Don Francisco Antonio Cea, que representaría al Reino de Guatemala y que a la sazón era Director del Jardín Botánico de Madrid.

En el margen del primer artículo del Título correspondiente a las Cortes, en el primer proyecto, se agregó otro, que ordenaba que los diputados de las Colonias, tendrían asiento en las Cortes. Esta disposición fue unánimemente bien recogida por los diputados, pero sin embargo, en el segundo proyecto se omitió totalmente hacer referencia al asunto. Los diputados americanos insistieron en la representación y así en el tercer proyecto, un título entero aparece al respecto. En el artículo 68 se dice que “los diputados de las Colonias tendrán voz y voto en las Cortes”, y todo el título X se dedica a las colonias Españolas en América y Asia, en el cual se establece la igualdad de derechos de las colonias con la metrópoli, y se ordena la representación de los diputados. Las instancias de los americanos en sus informes a la asamblea, tienen éxito, al lograr una ampliación en el texto definitivo.

La discusión de este Título, encuentra sumamente activos a los diputados americanos que ven la ocasión de representar sus derechos, y de lograr la realiza-

ción de aspiraciones, largamente preteridas por la metrópoli. En el artículo 80 que establecía la igualdad de derechos entre españoles y americanos, centraron sus baterías, proponiendo varias enmiendas. La mas característica de las cuales, era la del diputado don José del Moral de la Nueva España, que pulverizando el artículo original encontraba oportunidad de puntualizar las demandas americanas. Propone que no fuera un solo artículo, sino los siguientes: 1º. Que la agricultura sea completamente libre, sin limitación para sembrar ni plantar lo que parezca conveniente; 2º. Será libre el comercio de todas las materias, entre las Colonias y con la Metrópoli; y 3º No se permitiría privilegio alguno de la extracción o introducción; 4º. Todos los habitantes de las Indias podrán hacer construir barcos mercantes; 5º. Ninguna clase podrá ser notada de infamia ni privada de derecho, que da el honor, la conducta y el mérito, a que sean atendidos los hombres útiles a la sociedad; 6º. Queda abolida toda especie de tributo en las clases de indios y castas. 7º. No se podrá obligar al servicio personal. 8º. Quedan suprimidas cuantas prohibiciones han sujetado a los indios a vivir separados de los españoles, y a que no gozaren la amplitud de los derechos de todo hombre en sociedad; 9º. La nobleza calificada de los americanos no necesitará probar su origen de la de España, para ser considerada como tal en Europa; 10º. A Ningún habitante de América se le impide procurar su honesta subsistencia en el ejercicio de su industria. “Destaca la intervención de los representantes de los territorios americanos, especialmente los de Sánchez de Tejada y José Joaquín del Moral (representantes de Santa Fé de Bogotá y nueva España respectivamente), que presentaron diversos memoranda ante la Junta, respecto a la necesidad de que los territorios americanos siguiesen unidos a la Metrópoli, así como la creación de un Ministerio específico de Indias, y las reformas, que debían emprenderse para lograr un mayor desarrollo de la industria en América. A este respecto, cabe destacar la buena acogida que tuvieron en los Bonaparte las observaciones de los diputados americanos, que recogieron y desarrollaron ampliamente dichas peticiones. Por el contrario, es de resaltar la actitud de algunos representantes peninsulares “en contra del desarrollo industrial en América”⁽¹⁷⁾.

Con las proposiciones de los diputados españoles y americanos, la Comisión integrada dio cuenta a la Junta de Gobierno, la cual hizo varias enmiendas y adiciones en el último proyecto, el cual le fue presentado al Emperador para obtener su “placet”. Es curioso observar el siguiente hecho: las proposiciones de los diputados americanos no se habían considerado con el alcance y amplitud con que fueron presentadas; es posible que los diputados españoles, –aunque su opinión al respecto no conste en ningún documento– dudaran de la oportunidad de acceder a

(17) Núñez Rivero y Martínez Segarra, op. cit., p. 47.

las peticiones americanas, pues en cuanto al fondo se habían mostrado favorables, al menos en su formulación de carácter general; así pues, las concretas proposiciones del diputado del Moral, son ignoradas. Sin embargo en el documento de enmiendas que le es presentado, Napoleón dicta apresuradamente la modificación del artículo 80 sobre las bases propuestas por del Moral, posiblemente con la finalidad de obtener la adhesión americana. Los artículos agregados sobre el documento de enmiendas dicen; Arto... Los reinos y provincias de América y Asia gozarán de los mismos derechos que la Metrópoli. Arto... Toda especie de cultivo y de industria será libre en los dichos reinos y provincias. Arto... El comercio recíproco de un reino y de una provincia con otra y de los dichos reinos y provincias con la Metrópoli será permitido. Arto... No podrá existir ningún privilegio particular de exportación en los dichos reinos y provincias. Arto... Cada reino y cada provincia tendrá constitucionalmente, cerca del gobierno, diputados encargados de promover sus intereses y de representarlos en la Asamblea de Cortes. Arto... Los diputados serán en número de 22 a saber: (se citan los enumerados en el anterior proyecto, añadiendo los correspondientes a Cuzco y Yucatán, que se incluían entre las peticiones de los diputados).

5. EL DIPUTADO POR GUATEMALA

Nuestro diputado, don Francisco Antonio Cea, tiene una participación modesta en la Asamblea. Asiste puntualmente a las sesiones, pues solo en la sesión Octava, según se asienta en el Acta fue “excusado por indispuerto”⁽¹⁸⁾. Entre los cuarenta y cuatro escritos, formulando observaciones, que presentaron los diputados, Cea, se refiere exclusivamente al título que trataba de la persona del Rey⁽¹⁹⁾, Su opinión sobre Napoleón y la implantación de las nuevas formas constitucionales, es inequívoca, y llega en ciertos momentos a una verdadera vehemente aprobación. Propuso que se llamase el texto Constitución de la **Monarquía Española**

(18) Actas de la diputación general que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808, en virtud de convocatoria expedida por el Gran duque de Berg como Lugar-teniente General del reino, y la Junta Suprema de gobierno, con fecha 19 de mayo del mismo año, precedidas de dicha orden convocatoria y de los poderes y órdenes que presentaron los que asistieron a ella, y seguidas del Proyecto de Constitución consultado por el Emperador á la misma, las observaciones mas notables que sobre aquel proyecto se produjeron y la Constitución definitivamente hecha, que fue aceptada por la misma diputación general en 7 de junio del propio año. Madrid: imprenta y fundición de J. A. García, 1874.

(19) “Observaciones hechas por el Sr. D. Francisco Antonio Cea, director del Jardín Botánico de Madrid”, en *Actas.... op. cit.*, pp. 96-99.

regenerada por Napoleón el Grande, y dentro del mismo espíritu, al discutirse el **Preámbulo**, propuso se añadiese una cláusula diciendo que el Emperador otorgaba la Constitución, en virtud de la facultad que se había reservado al ceder la Corona a su hermano José. Como los Títulos I y II no tenían epígrafe en el Proyecto, pide que se le diera con estos nombres: “De la Religión” y “Del Rey y la sucesión a la corona”. Hizo ver en la sesión sexta la oposición existente entre las palabras **dominante** y **única**, con referencia a la Religión Católica. Al examinarse el título II, le pareció que el artículo 2º. estaba mal redactado diciendo: “José, Rey de Nápoles, es el Rey de España”, pues no se sabía exactamente si seguía no siéndolo, de Nápoles, y proponía esta forma: “José. Antes Rey de ...” En cuanto al juramento propuso que la frase “territorio de España” se sustituyese por “territorio español”, pues la primera aparecía hacer referencia solo a Península. Además y con más alcance doctrinal esta vez, pidió en unión de otros diputados que en su juramento “prometiese mantener en toda su integridad la Constitución, observándola y haciéndola observar”, tratando así de someter y limitar la autoridad del Monarca, proposición sancionada por el éxito, pues “unánimemente –dice el Acta de la Sesión Novena– todos los vocales, desearon que se haga la adición...” Como faltaban disposiciones en los casos de abdicación e incapacidad propuso artículos pertinentes que podrán intercalarse en el texto, y también título adicional sobre el príncipe heredero, y recogiendo la vieja tradición española del juramento popular, pidió que éste se hiciera representado en Cortes, “porque siendo la Constitución un pacto entre el Rey y la Nación, es claro que al juramento del Rey debe de seguir el de la Nación”. Y además insistía en que se fijaran las atribuciones del Rey, con la finalidad de limitar constitucionalmente sus facultades: “El Sr. Arribas en sus observaciones notó sabiamente que faltaba un título de las facultades o atribuciones del Soberano, y leyó algunos artículos en que podrían cifrarse. No me extiende sobre el particular, porque lo ha tratado muy acertada y sabiamente aquel respetable magistrado; pero no puedo menos de reclamar se insista en un punto tan esencial de toda Constitución. No hay verdadero pacto mientras no se sepa a lo que se obliga cada uno”, y cautelosamente concluía: “Prescindo de que sean mas o menos amplias las facultades del Rey; pero es esencial determinarlos”.

Al finalizar los trabajos, recapitulaba el sentimiento de la diputación americana, en general afrancesada; “Olvidados del Gobierno de Madrid, excluidos de los grandes empleos de la Monarquía, privados injustamente de instrucción y de luces y, para decirlo todo, en una palabra, obligados a rechazar hasta los dones que les ofrece la Naturaleza con una mano liberal ¿los americanos podrían dejar de proclamar con entusiasmo una Monarquía que proclama su estimación por ellos, que los sustrae a la humillación y al infortunio, que los adopta como hijos y que les

promete la felicidad?”. Y dirigiéndose al mismo Bonaparte: “Estaba reservado, Sire, a vuestra Magestad ejecutar el primer acto de consideración y de justicia que la América ha obtenido en su metrópoli”⁽²⁰⁾.

6. LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

Lo cierto es que, aunque este código fundamental, no tuvo un solo momento de vigencia en América, es el antecedente más antiguo de nuestra organización constitucional y fue por el que los americanos se enteraron de la posibilidad de existencia de una forma de convivencia sobre bases modernas. A la vez, fue la “primera tentativa de modernizar en amplios sectores, la vida pública española”⁽²¹⁾. Bonaparte, para tratar de ganar a su causa a las colonias americanas, les concedió representación en las Cortes –según hemos apuntado– en la cual Guatemala tenía derecho a tener un diputado e incluyó diversas disposiciones de sabor liberal favorables a los americanos.

El núcleo esencial de ideas informadoras de la nueva Constitución, tenía su origen en el derecho francés; así el Senado, el Consejo de Estado, la Regencia, la sucesión de la Corona, el principio de reglamentación de las garantías individuales y el sistema de control. El **Preámbulo** en el cual se establecía la nueva forma de convivencia basada en el pacto “que une a nuestros pueblos con Vos y a Vos con nuestros pueblos”, era claramente revolucionario para esa época, rompiendo el ciclo del sistema antiguo, y resquebrajando los principios tradicionales en que se asentaba el viejo edificio de la Corona, el “antiguo régimen”, porque “semejante declaración ponía término de derecho a la antigua monarquía, y establecía el moderno sistema representativo, cuya base no es ni puede ser otro que el pacto de alianza y unión entre la nación y el trono, como representantes ambos de la soberanía”, como lo percibió nítidamente Rico y Amat⁽²²⁾. La presencia de los diputados españoles, sus observaciones, la resistencia de participación de otros, y en

(20) Jorge Mario García Laguardia, “La Constitución de Bayona, Participación del diputado por Guatemala”, **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de San Carlos de Guatemala**, Nos. 7 y 8 (julio-diciembre de 1968) pp. 127-147 y Laudelino Moreno, “Guatemala y la invasión napoleónica en España”, **Anales de la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala** Año V., T. VII, No. 1 (septiembre de 1930) pp. 3-17.

(21) Raúl Morodo, “Reformismo y regeneracionismo: el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona”, **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Nueva Época, No. 83 (enero-marzo de 1994) P. 59. Ver también, C. Muñoz Bustillo, **Bayona frente a Cádiz: gobierno y administración en la prefectura de Xerez**, Tesis Universidad de Cádiz.

(22) Juan Rico y Amat, **Historia política y parlamentaria de España (desde los tiempos primitivos hasta nuestros días)**. Madrid: 1860, T. I, pp.151-152.

general el deseo de lograr la adhesión española, hizo a Napoleón conceder, al parecer con repugnancia, en las disposiciones referentes a la Religión Católica y a la Inquisición, que fueron modificadas sucesivamente en los proyectos; en la importante atribución de las Cortes de la fijación de los impuestos así como, en las disposiciones menores de carácter formal, naturales de la tradición hispana, como las modalidades del juramento.

Sus características son las siguientes: 1. es una Carta otorgada y no una auténtica constitución en sentido moderno; 2. limita el poder del Rey tímidamente y no reconoce expresamente la soberanía nacional; 3. no establece una clara división de poderes, pero reconoce expresamente la independencia de los jueces; 4. texto escrito, flexible y desarrollado; 5. en la línea napoleónica impulsa profundas reformas económicas; 6. en concesión al espíritu de los españoles, establece un régimen confesional católico; y 7. en concesión a las colonias, propugna una igualdad entre España y los territorios americanos.

En cuanto a los derechos, se incorporan, dispersos a través de todo el texto de clara inspiración liberal, la libertad personal, la seguridad, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de imprenta, la libertad de comercio, la abolición del tormento, la detención no arbitraria y la publicidad del proceso criminal. Importante es indicar que es en el texto de Bayona donde se encuentra el antecedente más antiguo en nuestro derecho público del “habeas corpus”, bastando exigir la presentación del detenido al encargado de la cárcel, según el artículo 130. También los arts. 131, 132, 133, se refieren a la misma figura: los parientes y amigos tienen derecho de ver al detenido. se establece como delito la detención arbitraria, y se declaran abolidos el rigor y el apremio⁽²³⁾.

En el análisis del texto definitivo, se concluye, con que estatuyó una forma de gobierno basada en el poder absoluto del Rey, porque aquellos organismos que se crean con atribuciones, que en algún momento pueden limitarlo, no están vigorizados con mecanismos suficientes, que en última instancia puedan controlar la autoridad real. Pero la misma política transaccional, que era liberal con los progresistas y conservador con los reaccionarios⁽²⁴⁾, hizo que las reformas tuvieran una resonancia y efectividad muy limitada.

(23) Roberto Díaz Castillo **Origen del Habeas Cortes en Guatemala y su regulación legal en el siglo XIX**, Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Humanidades 1967.

(24) En las **instrucciones** que Napoleón daba a Murat el primero de abril de 1808, le decía “Podéis declarar verbalmente que mi intención no es solo conservar la integridad e independencia del país, sino los privilegios de todas las clases. En la bondad y utilidad de mis proyectos sobre España, encontraréis argumentos propios a conciliar todos los partidos. Los que quieren

Esta Constitución estaba inspirada en un liberalismo muy moderado, y con un vicio de un origen espurio, que fue la razón de su radical inconsistencia. Desde la tercera sesión, se estampa en un documento oficial, el verdadero origen de la Carta: “El Sr. Presidente –dice el Acta– expuso, que S. M. El Emperador le había entregado un proyecto de Constitución para la España, que se había traducido al castellano y se leería a la Junta...”⁽²⁵⁾.

Y en la Novena sesión, la asamblea autocalifica humildemente los alcances de su trabajo: “Para todas las votaciones que se hicieron, tuvo la Junta presente, que el resultado de sus deliberaciones no era para otro objeto, ni tenía otro valor, que el de que se presentase su opinión en los diferentes artículos sobre que la manifestaba, al benéfico autor del proyecto de Constitución para que a las luces de su sabiduría y experiencia, examine y vea hasta qué punto merece ser escuchada...”⁽²⁶⁾.

La opinión de algunas personalidades españolas, casi ninguna de auténtica elevación, fue tomada en cuenta con mucha relatividad, y una frase estampada de la mano del mismo Emperador en uno de los documentos, revela la opinión que le merecían⁽²⁷⁾. Es el *informe* sobre el primer proyecto, de la *Diputación del Consejo de Castilla*, que se encuentra en los *Archivos Nacionales* de París. Al examinarlo, el espíritu práctico de Napoleón y su afición por los informes concretos, reciben el impacto del estilo barroco común de los documentos españoles de época. Junto a un dibujo hecho distraídamente, mientras leía la opinión de los diputados españoles, se estampa esta frase en francés: “vous ‘etes des bêtes””; su traducción al castellano: “sois unas bestias”.

En los proyectos discutidos y en la minuta final aprobada, era el emperador Napoleón el que daba la Constitución para los españoles. Pero en los últimos momentos, cuanto la minuta iba a ser impresa para la última sesión de la asamblea, cambió de opinión, resolviendo que fuera su hermano José el que apareciera dictando la carta, suprimió el artículo 2º que establecía que José sería el Rey de

un gobierno liberal y la regeneración de España la encontrarán en mi sistema; los que temen la vuelta de la Reina y el Príncipe de la Paz pueden ser tranquilizados, ya que estos dos personajes quedarán sin influencia ni crédito; los grandes, que quieren la consideración y los honores que no tenían en la administración pasada los encontrarán; los buenos españoles que quieren la tranquilidad de una buena administración, encontrarán ventajas en mi sistema, que mantendrá la integridad e independencia de la Monarquía española”.

(25) Acta de la Junta tercera, celebrada el día 20 de junio de 1808.

(26) Acta de la Junta novena, celebrada el día 27 de junio de 1808.

(27) En general, su punto de vista sobre la actitud española era francamente pesimista: “Concedéis demasiada importancia a la opinión de Madrid. No he reunido mis ejércitos en España para seguir las fantasías del populacho de Madrid”, escribía a Murat el 9 de abril.

España e Indias, rectificó la numeración, quedando definitivamente en 146 artículos, y como se había acostumbrado a lo largo de su génesis al margen, el Ministro Maret, rehizo el **Preámbulo**, el que sirvió de encabezamiento a la Constitución publicada y texto conocido⁽²⁸⁾: “Aunque la Constitución era considerada en el Preámbulo como base del pacto que unía al Rey con sus pueblos y a estos con el Rey, teniendo presentes características generales y la circunstancia de haber sido decretada por el Monarca, José I, debe considerarse como carta otorgada, y no como Constitución doctrinaria. Todas sus disposiciones son moderadas y pronunciadamente aristocráticas: unidad de Iglesia y Estado, Cortes por estamentos, libertad individual y de imprenta con importante cortapisas...”⁽²⁹⁾.

Como lo percibió Miguel Artola, sus raíces era bifrontes, era, “resultado de un cruce entre las instituciones de la monarquía española y el **senatus consultus** de 18 de mayo de 1804 que dio a Napoleón el título imperial”⁽³⁰⁾. Era una mezcla de “liberalismo, corporativismo del Antiguo Régimen y pragmatismo napoleónico. No puede decirse que definiera un estado representativo propiamente dicho, pero se separaba ostensiblemente del absolutismo borbónico anterior. Por eso su importancia reside en ese corte que produce en nuestra historia y en haber servido de estímulo para la redacción de otra Constitución, esta nacional y representativa, la de 1812”⁽³¹⁾.

(28) En los **Archives Nationales** de París, A.F. IV., 1680, se guarda la minuta definitiva en 147 artículos firmada por Napoleón, en la que aparece tachado el artículo 2º, rectificada la numeración y rehecho el preámbulo al margen, de mano de Maret. Citado por Sanz Cid, Op. Cit., p. 418.

(29) José Miranda, **Las ideas y las instituciones políticas mexicanas**, Primera parte, 1521-1820, México: imprenta universitaria, 1952, p. 212.

(30) “La Burguesía revolucionaria (1808-1874)” en **Historia de España**, dirigida por Miguel Artola, Madrid: Alianza editorial, 1990, Vol. V., p. 25.

(31) Antonio Torres del Moral, **Constitucionalismo histórico español**, 3ª. ed. Madrid: Átomo ediciones, 1990, p. 32.

LA PRIMERA CÁTEDRA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (*)

EDGAR CARPIO MARCOS (**)
(Perú)

I

Iniciada nuestra vida republicana, el foco cultural de la Nación no se encontraba afincado en la Universidad de San Marcos, sino en los colegios Santo Toribio, San Fernando y en el Convictorio Carolino.

La antigua Universidad de Lima, la más añeja de la América toda, había quedado reducida a la realización de pomposas ceremonias protocolares y a la entrega de títulos profesionales cuyos estudios se habían cursado, muchas veces, ante los colegios.

Tal estado de cosas, que se remontaban a algunos lustros hacia atrás de la fecha de proclamación de nuestra independencia, habría de prolongarse hasta 1868 inclusive, en que tras la fusión de tales colegios profesionales con San Marcos, la Universidad volvería a recobrar su viejo prestigio.

Por aquellos años prácticamente los estudios de Derecho se llevaban a cabo en el Colegio de San Carlos. Los años de esplendor y florecimiento de éste sin embargo, llegaron a eclipsarse cuando el 13 de mayo de 1817 Toribio Rodríguez de Mendoza formalizó su renuncia al rectorado, tras un prolongado hostigamiento

(*) Este trabajo reúne dos textos previos. El primero, del mismo título que el actual, fue originalmente publicado en la revista *Themis*, N° 32, Lima 1995, con notables erratas (y luego en ICPDC, N° 5, Huancayo 1996). El segundo, denominado “El primer libro de Derecho Constitucional publicado en el Perú” fue publicado como epílogo al libro de Javier Tajadura, *El Derecho Constitucional y su enseñanza*, Grijley, Lima 2001.

(**) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres(Lima, Perú).

por las autoridades virreinales, y esta fue aceptada por el Virrey Pezuela, mediante Decreto de 30 de mayo de aquel año.

Veinticinco años más tarde, el Convictorio Carolino recobraría su brillo con el nombramiento de Bartolomé Herrera como Rector. Sin embargo, hacia octubre de 1842 en que se produce tal hecho, ya se había fundado la primera cátedra peruana de Derecho Constitucional en el mismo Convictorio Carolino.

II

Los años que corren entre 1820 y 1827 son especialmente difíciles en todo orden de cosas para el Perú, como consecuencia de las batallas independizadoras emprendidas, que luego proseguirían con las fomentadas por los caudillos nacionales a nivel interno.

Prácticamente se encontraba abandonada la instrucción pública en general y los estudios de Derecho en particular. De ello da cuenta, por ejemplo, el hecho que durante las luchas emancipadoras que se libraban en tierras peruanas, San Carlos se viera obligado a cerrar sus claustros. A diferencia de San Marcos, que fue hasta el final el último bastión intelectual de las ideas absolutistas, la impronta y el espíritu libertario propagado por don Toribio Rodríguez de Mendoza habían calado tan hondamente entre los miembros del Convictorio, que ni siquiera el modelo tradicionalista impuesto en los últimos años por su sucesor, el Padre Carlos Pedemonte y Talavera, pudieron impedir que maestros y alumnos se alistaran en el Ejército jefaturado por el Libertador San Martín.

Años más tarde, ello se vería notablemente contrastado cuando al instalarse el primer Congreso Constituyente, de los 64 miembros que la integraron, 54 eran carolinos y discípulos de Rodríguez de Mendoza.

Pues bien, una vez replegadas las huestes realistas, por Decreto de 19 de Octubre de 1822, el Gobierno dispuso la reapertura del Colegio, aprobando, al mismo tiempo, el Plan de Estudios que le fuera formulado por su Rector. En dicho Plan de Estudios, por razones plenamente justificables, la asignatura del Derecho Constitucional no se encontraba individualizada entre las diversas disciplinas jurídicas que allí se irían de impartir.

Para entonces, los enfrentamientos con la muy venida a menos armada realista todavía ocultaban lo que más adelante el eminente Manuel Vicente Villarán habría de calificar como el «juego impío de hacer, deshacer y violar constituciones» al que nos habríamos de habituar.

No contando con Constitución alguna que legitimar, ni mucho menos que explicar (las Bases de la Constitución, de 1822, en el mejor de los casos, sólo se

sancionaría un mes después de aprobado el Plan de Estudios, el 16 de Noviembre de aquel año), habiéndonos regido con carácter provisorio solamente por reglamentos y estatutos, todos ellos de 1821, no podía resultar extraño entonces que en los planes de estudios de la época no se hiciera mención alguna a nuestra disciplina.

III

Ello no obstante, con una excesiva dosis de exageración, no han faltado autores que, tras evaluar la señera y profunda obra desarrollada por Rodríguez de Mendoza durante sus 31 años al frente del Convictorio, han llegado a atribuir a este ilustre eclesiástico el hecho de ser considerado como “el fundador de los estudios del Derecho Constitucional en el Perú”, y a partir de allí, llegar a la conclusión de que las asignaturas que él dictaba en San Carlos habrían constituido también las primeras cátedras de Derecho Constitucional instituidas entre nosotros.

Débase, desde luego, a Rodríguez de Mendoza el inobjetable mérito de haber propagado, sorteando un cúmulo de dificultades impuestas por las autoridades virreinales, las ideas liberales, los principios sobre los cuales, años más adelante, habíamos de insuflar nuestras luchas independentistas, y logrando aquel objetivo, sentar las bases de nuestro edificio constitucional, pero ello no puede (ni debe) autorizarnos sin más a tenerlo por fundador de los estudios de nuestra asignatura.

Las razones de ello parecen ser bastante sencillas: En primer lugar, y en lo que aquí nos interesa significar, porque todo lo realizado por él sólo se constreñía a la difusión de una amalgama bastante variada de conocimientos, que incluían porciones de Filosofía, Derecho Natural, Teología y Teoría Política, cuyos supuestos doctrinarios de esta última parcela del conocimiento, sin embargo, no dejaban de ser sólo eso, una teoría de las ideas políticas imperantes (y, si se quiere, hasta de un mínimo de política-constitucional) que, porque se realizaban e impartían sin marco constitucional alguno de referencia, no podían ni admitían ser siquiera confrontadas.

Pero, por otro lado, tampoco puede tenerse como primeras cátedras de Derecho Constitucional a las asignaturas de Derecho Natural y de Gentes ni a la de Filosofía Moral que le cupiera dictar a Rodríguez de Mendoza. Estas asignaturas no constituyeron dos disciplinas distintas, ni tampoco se enseñaron en forma simultánea.

Cuando Rodríguez de Mendoza funda en 1787 la cátedra de Derecho Natural y Gentes, no existía la de Filosofía Moral. Esta última sólo se crea cuando la primera de ellas más tarde es considerada como “peligrosa”, optándose por prohi-

birle su difusión al Rector de San Carlos. Efectivamente, la cátedra de Derecho Natural y de Gentes se explicó, a pesar de aquella prohibición existente, hasta que Rodríguez de Mendoza fue acusado ante el Tribunal de la inquisición por “leer libros prohibidos” en el Convictorio.

Pesando sobre su frente la espada de la Inquisición, nuestro eminente eclesiástico optaría por seguir enseñando esta disciplina, aunque para ello fuera necesario variarle el rótulo por el de Filosofía Moral y dictar tales clases en estricto secreto.

En consecuencia, hablar del Derecho Natural y de Gentes y de Filosofía Moral es referirse a una misma disciplina, que aunque con rótulo distinto, sirvió para propagar las materias propias de la primera.

No obstante lo anterior, hay quienes partiendo del hecho de que el Derecho Natural y de Gentes y la Filosofía Moral constituirían dos disciplinas distintas con áreas de conocimientos diversas, han llegado a inferir que la última de ellas habría servido en su momento, como una nomenclatura solapada para vertir los contenidos propios de un supuesto Derecho Constitucional, imposibilitado de utilizar su verdadero *nomen iuris* bajo las difíciles circunstancias en que le tocó desempeñar su magisterio a Rodríguez de Mendoza.

Pero hay también autores que, sin perder de vista la unicidad temática entre el Derecho Natural y de Gentes y la Filosofía Moral, han llegado a sostener que esta disciplina, por las materias que allí se impartían, bajo cualquiera de los matices asumidos, debiera considerarse como la primera cátedra de Derecho Constitucional, y ello a expensas de que ésta no hubiera asumido su nomenclatura legítima. Quienes han arribado a tales conclusiones, partiendo de hechos y datos absolutamente incontrovertibles, sin embargo, no han podido arribar a conclusiones de igual naturaleza.

Efectivamente, que tras el Derecho Natural y de Gentes se encontraran eventualmente algunas instituciones y categorías de lo que a la postre también habría de constituir uno (o algunos) de los asuntos a los que tuviera que prestar su dedicación el Derecho Constitucional más tarde, tampoco autoriza a tener por válidas aquellas impresiones. Porque si es cierto que tras este Derecho Natural y de Gentes existían instituciones a los que hoy forzosamente dirige su atención nuestra disciplina (los derechos fundamentales, por ejemplo), no conviene perder de vista que tanto el objeto como la perspectiva metodológica entre éstas y aquellas difieren radicalmente. Y ello no es ciertamente una simple conclusión a la que pueda arribarse asumiendo perspectivas teóricas elaboradas e instrumentalizadas contemporáneamente para evaluar y juzgar disciplinas y hace bastante tiempo dejadas de profesarse.

En efecto, el Derecho Natural y de Gentes fue una disciplina que unía con fines estrictamente pedagógicos a dos ramas del saber jurídico perfectamente diferenciables: El Derecho Natural, una auténtica e inobjetable Filosofía del Derecho de su tiempo, y el Derecho de Gentes, un Derecho Internacional Público de hoy, disciplinas ambas que en nuestros días serían imposibles de confundir, y aún de unir, aunque sólo sea para efectos de su dictado (El Derecho Natural constituye –el mismo Rodríguez de Mendoza habría de expresarlo en un informe elevado en 1795 a las autoridades virreinales– “el fundamento de toda legislación”, presentando así la asignatura del Derecho Natural y de Gentes “las leyes primitivas y originales que promulgó Dios al género humano, por medio de la razón”).

Y era un hecho absolutamente evidente, inclusive para nuestros juristas de inicios del siglo XIX, esto es, que lo que se enseñaba dentro de esta asignatura era completamente distinto de aquello que debería enseñarse en una disciplina dedicada al Derecho Constitucional, que cuando se funda lo que parece ser la primera cátedra de nuestra materia, conjuntamente a ella pero perfectamente diferenciada, el mismo Derecho Natural y de Gentes se habría de mantener dentro de los planes de estudios de los colegios profesionales.

De ello también da cuenta el hecho de que cuando se aprueba el primer plan de estudios en San Carlos en nuestra etapa republicana, en 1822, entre las asignaturas allí comprendidas se mantenga al Derecho Natural y de Gentes, ante la absoluta imposibilidad de erigir una ciencia del Derecho Constitucional por no contar, a aquella fecha, con Constitución alguna.

Si el Derecho Natural y de Gentes era el *nomen iuris* solapado de un hipotético Derecho Constitucional imposibilitado de poder asumir su verdadero membrete en los tiempos del Virreinato, ¿qué sentido tenía entonces diferenciar y tener por disciplinas jurídicas distintas para su enseñanza a un Derecho Natural y de Gentes y a un Derecho Constitucional, cuando las razones que motivarían tal supuesto encubrimiento se esfumaron con la proclamación de nuestra independencia? ¿Por qué desde 1822, fecha en la que se confecciona el primer plan de estudios en la etapa republicana, no se asume de una y definitiva vez el rótulo de Derecho Constitucional en vez del Derecho Natural y de Gentes, que ya había agotado su finalidad presunta?

Lo que ha sucedido, pues, es que en este asunto, como en tantos otros probablemente, se ha cedido una vez más al generalizado vicio que Pareto denunciara en su día como el “prejuicio de los orígenes”; esto es, la búsqueda en el pretérito de los embriones de las contemporáneas disciplinas y categorías jurídico-políticas allí donde simple y llanamente no podrían existir, forzándose de ese modo la realidad, a cuesta de, como ha precisado De Vega, destruirse la historia.

IV

En nada alteran todas estas consideraciones el hecho de que nuestra historia constitucional se haya iniciado muy precozmente, y que en ese “bautizo constitucional”, que García Belaúnde ha catalogado como parte de nuestra “pre-historia constitucional”, hayamos contado con un Texto Fundamental, como el de Cádiz de 1812, que entre sus preceptos tenía uno, el artículo 368, por mor del cual se ordenaba la explicación, en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñasen las ciencias eclesiásticas y políticas, de la Constitución Política de la Monarquía.

Tan sólo importa poner de relieve, por ahora, que no se han encontrado indicios antes, ni en las actuales circunstancias, que tal precepto, excepto las cátedras de Constitución que se inauguraran en la propia Península Ibérica (en Valencia y en La Villa de Madrid, en 1813 y 1814, respectivamente), haya tenido realmente vigencia entre nosotros.

Antes bien, leído en la Plaza de Armas el 2 de octubre de 1812, “por el Rey de Armas más antiguo y jurada al día siguiente por el Virrey, la Real Audiencia, el Arzobispo ...”, lo cierto es que el Digesto Constitucional gaditano no sólo muy pronto habría de ser dejado en suspenso por el Rey Fernando VII (mayo de 1814), sino que inclusive, en el Virreinato del Perú, sus principios y disposiciones fueron considerados con tanto recelo y preocupación (el Virrey Abascal la llegaría a considerar como “altamente peligrosa e impracticable”, “un parto de la intriga republicana”) que, salvo contadas disposiciones, en general puede decirse de ella que fue una Constitución que no tuvo mayor vigencia en el Perú, aunque no se pueda decir lo mismo respecto de su influencia posterior en el desenvolvimiento de nuestro constitucionalismo.

Ahora bien, con una vigencia de menos de 2 años entre nosotros, cuando en 1820 las Cortes Generales en España deciden restablecer la vigencia de la Carta de Cádiz, después de 6 años de interrupción forzada, ya los vientos emancipadores soplaban nuestras costas, impidiéndose de este modo su restablecimiento entre nosotros y anulándose cualquier posibilidad destinada a cultivar lo que allí se pretendía (al extremo de que nuestro último Virrey, La Serna, en un desesperado e inútil intento por mantener el régimen, la llegó a instrumentalizar para fines de negociación con el General San Martín).

La primera cátedra de Derecho Constitucional se instituyó entre nosotros un lustro más tarde a la fecha de proclamación de la independencia, cuando el Mariscal Andrés de Santa Cruz, por entonces Presidente del Consejo de Gobierno del Libertador Bolívar, preocupado por la penosa situación en la que se encontraba postrada nuestra instrucción pública, empieza a reorganizar los planes de estudios de los colegios.

Para entonces, el Convictorio Carolino, como resultado de su fusión con el Colegio La Libertad, dispuesto por Decreto de 20 de Setiembre de 1825, llevaba el nombre de Convictorio de Bolívar. Antes, por Ley de 30 de octubre de 1822, el mismo Convictorio ya había experimentado una variación de nombre semejante: Colegio de San Martín se le rebautizó, en claro homenaje áulico al Libertador argentino.

Pues bien, en el Convictorio Bolívar (o, lo que es lo mismo, en el Convictorio de San Carlos), como días antes había sucedido con el Colegio Independencia (nombre impuesto a San Fernando por aquellos días de fulgor libertario), recaen los esfuerzos reformistas de Santa Cruz.

Así, por Decreto de 26 de octubre de 1826, se lleva a reorganizar los planes de estudios del Convictorio, y al reorganizarse, impartándose enseñanzas en “Ciencias”, sin embargo, el Colegio habría de ser destinado esencialmente a la “enseñanza del Derecho en todas sus divisiones” (art. 1).

Entre las cátedras de Derecho que allí se irían de impartir, algunas por primera vez, aparece una denominada de Derecho Público y Constitucional, conjuntamente a las de Derecho Natural y de Gentes, Derecho Canónico, Derecho Romano, Derecho Patrio Civil y Criminal y, finalmente, la de Práctica Forense (art. 7).

Poco se sabe ya del desarrollo que haya podido registrar la enseñanza de nuestra asignatura por aquellos turbulentos años, de su supuesto cariz dogmático, bien como técnica jurídica, bien como técnica del poder, o haciendo las veces simplemente de una disciplina legitimadora de una teoría política nueva y desconocida hasta no hacía mucho, salvo en los reducidos ambientes de algunos cenáculos intelectuales.

Por aquel entonces, el Convictorio Carolino pasaba por una seria y ya algo prolongada crisis institucional. No era definitivamente sus mejores años, y, como ya se ha anunciado, habrían de pasar todavía algunos lustros para que recobrar su esplendor. Similar era también la situación de toda nuestra instrucción pública. Reinaba una preocupante orfandad de recursos materiales, de ideas y de profesores como consecuencia de los avatares militares de los que salíamos, y que van a explicar, en parte, mucho de o que más adelante se diga.

V

El referido Decreto de 26 de octubre de 1826, por boca de su artículo 8°, disponía que el Gobierno procedería a nombrar a los catedráticos de aquellas asignaturas que se habían instituido por primera vez, entre las que se hallaba la de Derecho Público y Constitucional. Curiosamente no se ha podido ubicar ni en el diario oficial “El Peruano” de la época, ni en las diversas colecciones de leyes,

decretos y órdenes la publicación de aquel Decreto que nombrara a nuestro primer profesor de Derecho Constitucional.

Sin embargo el Decreto existe, y tiene por fecha el 16 de noviembre de 1826. En virtud de este se nombra como catedrático de la naciente asignatura de Derecho Público y Constitucional a don Antonio Amézaga, ilustre personaje del que salvo haber estado matriculado en el Colegio de Abogados de Lima y haber sido el primer profesor de nuestra asignatura, se conocen muy pocas referencias.

Por cierto, la exactitud de sus propios apellidos es un dato no exento de cierta ambigüedad. Así, en una nota dirigida al Ministro del Interior, fechada el 9 de noviembre de 1826, donde el Rector del Convictorio propone su nombramiento como profesor de nuestra asignatura, aparece con el nombre y apellido antes enunciado, que a su vez son reiterados en otros muchos documentos cursados por las autoridades del Colegio San Carlos para referirse a la forma cómo se veía desarrollando el dictado de clases en su interior.

Ello no obstante, en el Decreto de su nombramiento, en vez del apellido Amézaga, aparece el de Amenagal, al parecer por error de escritura. Sin embargo, en una Carta fechada en los primeros meses de 1827, suscrita por el entonces Rector Francisco Rodríguez, y dirigida al gobierno proponiendo nombres para cubrir la renuncia del titular de la cátedra de Derecho Patrio, al proponer a nuestro personaje en ella, en mérito de ser “distinguido en su asistencia”, se le sindicaba como Antonio Ochoa de Amézaga Sifiente. Todo parece indicar que en realidad sus apellidos completos fueran aquellos, y que la utilización del segundo de ellos (Amézaga) no fuera sino una suerte de abreviación de tan frondoso abolengo, “para ponerse a tono con el republicanismo imperante”, por lo demás muy común entre los miembros de familias distinguidas de la época.

Pues bien, instituida la primera cátedra de Derecho Público y Constitucional en octubre de 1826, nombrándose a su primer profesor hacia la quincena del mes de noviembre de aquel año, el año lectivo y con él el dictado de nuestra asignatura, sólo llegó a inaugurarse el 2 de enero de 1827, no empuja la recomendación formulada en la “Contestación a la Nota del Rector del Convictorio Bolívar”, firmada por Andrés de San Cruz y los ministros Larrea y Pando, con fecha 16 de noviembre de 1826, para que los profesores recientemente nombrados “inmediatamente comenciar(an) sus respectivos cursos”.

Tal dato no tendría en otro contexto más que un valor anecdótico, si es que no fuera porque en el año 1827 aparece en Lima lo que hasta ahora parece ser el primer libro de Derecho Constitucional impreso en el Perú. En efecto, con el sello de la Imprenta Republicana de José María Concha se reimprimirían en Lima los dos tomos de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las escuelas de España* (T. I, XXV + 111 pp.; T. II, de pág. 113 a 250) del profesor de la Universidad de Salamanca, don Ramón Salas y Cortés.

VI

Como se ha dejado entrever, no debió ser fácil para don Antonio Amézaga armar el dictado de una asignatura que, a fines del primer mes de enseñanza (enero de 1827), tenía una Constitución, la de 1826, que había sido suspendida. De hecho, todo parece indicar que el problema de la conformación de la nueva disciplina, y la búsqueda de los textos que le servirían de complemento en la enseñanza, no era un asunto sólo de incumbencia del nuevo catedrático.

En un informe elevado al Ministro Pando, fechado el 17 de noviembre de 1826, Manuel de Vidaurre, entonces Director del Convictorio, anotaba que salvo las asignaturas de Derecho Patrio, Canónico y Economía Política, que deberían dictarse “en quadernos que contubieren el nucleo de los que hasta ahora se han escrito sobre estas ciencias”, las demás disciplinas que conformaban el Plan de Estudios de la Facultad de Jurisprudencia, no tenían aún definidos los autores ni manuales que podrían utilizarse.

Apenas unos días después, el 23 de noviembre de 1826, al parecer se despejó tal duda en la sesión del Consejo de Profesores del Convictorio: “Elejimos los autores –nuevamente informaría Vidaurre al Ministro Pando– que podrían servir de modelo para los respectivos cursos (...). Todos fueron inclinados a mi concepto, de dictar lo más esacto que contienen las obras antiguas y modernas sobre las ciencias que se han de enseñar”.

Ciertamente no existía entre nosotros literatura alguna sobre la materia. Dejando de lado folletos o proclamas sobre el nuevo orden político y sobre sus libertadores, los profesores del Convictorio Carolino no debieron encontrarse con otro texto que el publicado por don Antonio Leocadio Guzmán sobre la Constitución vitalicia (Cfr. *Ojeada de Proyecto de Constitución que el Libertador ha presentado a la República. Bolívar*, Imprenta Republicana administrada por José María Concha, Lima 1826, 52 págs).

Trátose de un texto breve, lleno de linsonjas al Libertador y a su Proyecto de Constitución presentado para su aprobación por los Colegios Electorales, que como documento fundacional ya se encontraba en vigencia en Bolivia.

Su título y las referencias continuas a Bolivia, hacen pensar que el texto fue publicado en el segundo semestre de 1826, después de la aprobación del Proyecto de Constitución por el Consejo de Gobierno, ocurrida el 1 de julio de 1826, y antes de su ratificación por los Colegios Electorales, que finalmente acontecerá el 30 de noviembre del mismo año.

Sin embargo, ya a finales de 1826, ausente Bolívar del país, el Proyecto de Constitución si bien se aprobaría y entraría en vigencia el 9 de diciembre de 1826,

sería objeto de duros embates, aguijoneado fundamentalmente por la pretensión de instaurar en el Perú una suerte de monarquía no hereditaria.

Ya en enero de 1827, seis semanas después de que entrara en vigencia, la flamante Constitución “vitalicia” sería suspendida, y poco tiempo después quedaría derogada, en junio de 1827. Todo ello tal vez pesó decisivamente en las autoridades e integrantes del Claustro Carolino, para optar por un texto que, alejado de las veleidades de la zigzagueante vida política, sirviera de manual de enseñanza en la naciente asignatura de *Derecho Público y Constitucional*.

Como se ha dicho, poco tiempo después de inaugurada la cátedra de *Derecho Público y Constitucional*, apareció reimpresso en Lima las *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las escuelas de España* del doctor de Salamanca, don Ramón Salas. La edición original, publicada en Madrid y por la Imprenta del Censor, apareció en dos volúmenes y en 1821, en pleno *trienio liberal*.

Poco hay que decir de la influencia del título del libro de Ramón Salás en la conformación de la primera cátedra peruana de Derecho Constitucional, de la que toma inclusive el nombre. No se trata de una casualidad, sino de una influencia directa, que del nombre de la novel asignatura, tal vez se extendiese al contenido temático que en la nueva disciplina se iría de impartir.

Bermejo Cabrera ha llamado la atención sobre la falta de originalidad del título de la obra. Con anterioridad, en España, ya Francisco Martínez Marina había empleado la expresión “Derecho Público Constitucional”, y aunque entre dichos autores no existiese una estrecha relación, ambos eran seguidores de Jeremías Bentham, y conocían mutuamente sus obras.

En realidad, el título de *Derecho Público Constitucional* está en los orígenes mismos de la creación de las primeras cátedras de Derecho Constitucional. Cuando en Ferrara, Italia, se crea la primera cátedra dedicada al estudio de la Constitución, en marzo de 1797, ésta asume el nombre de *Diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale*, título del que se vale el primer profesor de la disciplina, Giuseppe Compagnoni di Luzo, para publicar el primer libro de la materia (Ferrara 1797).

Sin embargo, la expresión *Derecho Público Constitucional* adquiere cierta carta de ciudadanía con la creación en Brera, en 1799, de una cátedra denominada *Diritto pubblico costituzionale*, a cargo del profesor Ambrogio Fusinieri, de donde parece haberse tomado el título para el texto de Derecho Constitucional del profesor de Salamanca.

Sin embargo, no es este nombre de la disciplina el que va a perdurar y ni siquiera el que va a gozar de cierto predicamento en el siglo XIX. Excepción

hecha de otros nombres que se asignan a nuestra disciplina (Derecho Natural y Constitucional, Derecho Constitucional Filosófico o positivo, Derecho Político, etc.), en el siglo XIX, no conocemos otro intento semejante.

En el siglo XX, hasta donde llega nuestra información, un último intento por desempolvarla es el que debemos al profesor español Carlos Ruíz del Castillo, con la publicación de la versión castellana de la obra de Maurice Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional* (Edit. Reus, Madrid 1927). No es, sin embargo, un título que utilizara el Decano de Toulouse, sino una libertad que se tomó el traductor, con autorización del autor, para justificar una traducción un tanto heterodoxa de la obra de Hauriou, compuesta de capítulos de dos libros distintos, aunque complementarios: *Los Précis de Droit Constitutionnel* (París 1923) y *Précis elementaire de Droit Constitutionnel* (París 1925).

Más allá de ello, el nombre de *Derecho Público Constitucional* se pierde, y ello se extiende, inclusive, al caso de las cátedras peruanas de Derecho Constitucional, impartidas con posterioridad a 1827.

Podría pensarse que la expresión *Derecho Público Constitucional* constituye una compleja titulación del manual preparado por Ramón Salás, como él mismo se encarga de poner de relieve (pág. 3 de la edición peruana). Pero, entiende que si hubiere utilizado únicamente la expresión *Derecho Público* ello podría haber conducido a equívoco, ya que se hubiese podido confundir su contenido con el que corresponde al *Derecho de Gentes*.

Como afrancesado que fue, las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* de Ramón Salas constituyen una mezcla de ideas propias de la Ilustración y del encumbrado Liberalismo de la época. El libro está fuertemente marcado por el emblemático artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a tenor del cual “Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

De ahí que éste tenga dos partes bien marcadas. Así, el primer tomo, y en la edición peruana, la primera parte, al abordarse el análisis de una suerte de principios generales aplicables a todas y cualquier Constitución (en sentido contemporáneo, diríamos una “Teoría de la Constitución”), se plantea el asunto del contenido temático del Derecho Constitucional en dos frentes: Por un lado, el estudio de los derechos y libertades de los individuos; y, de otro, a la estructura del Estado, haciéndose especial mención al significado de la distribución de poderes.

El segundo tomo, por el contrario, se dedica a explicar íntegramente la Constitución de Cadiz, de 1812, que restablecida la Monarquía Constitucional, nuevamente cobró vigencia en España, aunque por muy corto tiempo.

Aunque discípulo de Bentham, a quien traduce y en otras obras apostilla, a lo largo de sus *Lecciones* se observa, además, la influencia de diversos pensadores que marcaron la época: Rousseau, Montesquieu, Constant, Beccaria, etc. Pocas cosas tiene de pensamiento original, ya que al decir de Bermejo Cabrero “tanta dedicación a la glosa y al comentario (especialmente de Bentham) terminó por orientar todos sus trabajos”.

Tal vez su principal mérito, sea el que se trate de una obra clara, sencilla y con conocimiento de los más importantes pensadores, a los que en ciertos párrafos glosa sin citar. Era lo más completo y didáctico que sobre nuestra naciente disciplina se había escrito en castellano, y de ahí se explica que fuese tomado como texto de enseñanza en el Convictorio de San Carlos.

En España, el texto de Ramón Salas no tuvo mucha acogida. De hecho, en ello contribuyó su escasa originalidad y la personalidad extravagante de su autor. Normalmente su obra no es considerada en la evolución de la disciplina constitucional en el país Ibérico, como lo demuestran diversos trabajos, de distintas épocas, dedicados a fijar el panorama de la disciplina por esos lares.

Un espíritu tan abierto y atento como el de Adolfo Posada, ni siquiera la menciona en su “Guía bibliográfica de Derecho Constitucional” de fines del siglo XIX (Ob. cit). Tampoco lo hace después, cuando reelabora su trabajo, bien entrado el siglo XX. Y en lo que tuvo de escasa acogida, lo fue por muy breve tiempo, debido al cambio demasiado rápido de Constitución en España.

No sucedería lo mismo, sin embargo, con la influencia de sus *Lecciones de Derecho Público Constitucional* en América Latina. Por esas paradojas de la vida, una obra escrita exclusivamente para los españoles (“y no para otros”, pág. XXII de la edición peruana), cobraría cierta importancia fuera de sus fronteras.

Fuera del caso peruano, sobre el que volveremos más adelante, la mezcla de la Ilustración y el Liberalismo que en su libro se trasuntaba, había hecho propicia su recepción en gran parte del Continente, y en forma muy significativa en Colombia, como ha puesto de relieve Juan Beneyto Pérez. Las razones de tal recepción tal vez pueda explicarse a partir de la significativa influencia que tuvo la Constitución de Cadiz en el proceso de formación del constitucionalismo colombiano.

En general, si bien la Constitución de Cadiz tuvo escasa vigencia en el Continente, y en lo que tuvo de vigencia, muy pocas veces fue aplicada por las autoridades virreinales, su influencia fue posterior, pues en mayor o menor medida ella se tuvo en cuenta, conjuntamente con la experiencia constitucional de Francia y Estados Unidos, en el proceso de formación del constitucionalismo latinoamericano.

Desde esa perspectiva, se explica que la recepción en América Latina de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* obedezca, sobre todo, a que el se-

gundo tomo se destina únicamente a explicar la Constitución de Cadiz, lo que la hizo especialmente atractiva. Recuérdese que en la época, entre tanto panfleto y folletos, el texto de Salas era la única obra orgánica y la que tenía mayor solidez.

La influencia que habría podido tener las *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, sin embargo, no parece extenderse en la creación de cátedras de Derecho Constitucional, por lo menos en los principales países de habla hispana en el Continente. México, por ejemplo, inauguró su primera cátedra de Derecho Constitucional un año antes de que el libro se publicara en Madrid, esto es, en 1820. De fecha muy posterior, es la creación de la cátedra de Derecho Constitucional en Argentina, que sólo se inaugura en 1834, en la Universidad de Córdoba, a cargo de Santiago Derqui.

La influencia de la obra de Ramón Salas, con cargo a seguirse investigando, puede decirse que fue escasamente significativa en el caso peruano, aún dentro de las primeras cuatro décadas del siglo XIX.

Es innegable el papel que le cupo desempeñar en la creación de la primera cátedra peruana de Derecho Constitucional, asignatura cuyo nombre toma del libro del profesor salamanquino, como pocas dudas podrá tenerse. Como también lo es el hecho mismo de que su obra se publicara en el Perú y se tuviera como manual de la disciplina, probablemente durante 15 años, que son los años que medían entre su reimpresión entre nosotros y la asunción del rectorado del Convictorio de San Carlos por don Bartolomé Herrera en 1842.

Ciertamente toda una generación de juristas pudieron embeberse de sus tesis y tener en la obra un “resumen” de lo más brillante de la literatura producida en aquella época. Y aún cuando una gran parte de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* pudieran haber estado destinadas a explicar una Constitución que ya no se encontraba en vigencia, ni contábamos con una estructura constitucional semejante, es lo cierto que el texto ofrecía una forma de adentrarse en el estudio de una materia (la constitucional), que en el pasado próximo nos había sido completamente ajena, y sobre la cual no se contaba con mayor bibliografía.

Más allá de ello, creo que hay muy poco que rescatar. En el plano del Derecho Constitucional la aplastante influencia de las ideas de Bartolomé Herrera, un hombre culto y conocedor de los clásicos, a los que había consultado en forma directa, prácticamente polarizó el debate teórico constitucional entre quienes lo seguían y quienes disientían de su teoría sobre el gobierno de los ilustrados.

Y ello puede apreciarse tanto en el propio Convictorio Carolino, como fuera de él. Así, en el Colegio Guadalupe, donde Pedro Gálvez enseña Derecho Constitucional, el liberalismo político es opuesto al conservadurismo de Herrera. En el Convictorio de San Carlos, uno de sus más brillantes discípulos, Luciano Benja-

mín Cisneros, disentiría de las tesis de su antiguo maestro, tanto en la cátedra, artículos de revista como en un opúsculo que se le ha atribuido, titulado *Derecho Público Filosófico*, y que constituirían sus lecciones de clase. Según Porras Barrenechea, las lecciones, que formaron un texto universitario, compuestos de cinco pliegos y un cuarto, son hoy en día inhallables, y datan de 1859, editados por la editorial de Aurelio Alfaro (Si nos atenemos a lo dicho por Porras, yo he consultado una versión fotocopiada e incompleta de la obra *Derecho Público Filosófico* proporcionada por Domingo García Belaunde, donde no consta pié de imprenta, lugar ni fecha de publicación).

La literatura nacional sobre la materia, posterior al magisterio de Herrera, si bien con notables alejamientos del contenido temático y de orientación formulados por él, no parecen haber recibido influencia del texto de Ramón Salas. Menos aún, se refleja en las generaciones siguientes a la de Luciano Benjamín Cisneros, Gálvez, etc., donde el curso de Derecho Constitucional recibe una orientación distinta, que en cierta forma se inaugura fundamentalmente con el largo magisterio de Luis Felipe Villarán, y prosigue, con nuevos brillos, su hijo, Manuel Vicente Villarán.

No creo, sin embargo, que la obra de Ramón Salas no deba merecer una atención más detenida. Un estudio de las fuentes bibliográficas del Derecho Constitucional en el siglo XIX, tal vez pueda dar cuenta de algún tipo de influencia que el texto del profesor de Salamanca pudiera haber ejercido entre nuestros primeros publicistas, como puede ser el caso de Felipe Masías o en el de José Silva Santisteban, en sus primeros años.

Sin embargo, la virtual “desaparición” de su texto dentro de las referencias bibliográficas de la disciplina, y su “hallazgo” casi de casualidad, es bastante significativo del valor que la obra pudo haber tenido entre nosotros, no obstante que con él se inaugurara alguna vez los estudios de Derecho Constitucional en las Escuelas de Jurisprudencia. Todo parece indicar, pues, que si alguna influencia tuvo, fue de muy escaso valor y por muy breve tiempo.

“Falta mucho a este libro –expresaría Ramón Salas en el prólogo de sus *Lecciones*– para ser perfecto: aún cuando yo supiere hacerle tal; he creído deberme apresurar mas á publicarle que á perfeccionarle (...). Luego se harán libros mejores en el mismo género; pero este puede suplir la falta de ellos mientras no haya otro, y yo me tendré por recompensado ricamente en mi trabajo, si he podido contribuir con mi ejemplo á que se publique una obra elemental de ciencia social que haga olvidar la mía...”.

La premonición lanzada por Salas para la edición española de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, no sólo se cumplirían ampliamente en su país de origen, como hemos visto. Le alcanzaría también a la edición peruana,

probablemente publicada de manera inconsulta, para servir de manual de enseñanza en el glorioso Convictorio de San Carlos en una época de crisis.

VII

La nomenclatura de Derecho Público y Constitucional asumida por nuestra primera cátedra de Derecho Constitucional, al mismo tiempo que desvirtúa investigaciones precedentes conforme a las cuales nuestra asignatura sólo habría logrado independizarse y asumir su correcto *nomen iuris* después de la unificación de los colegios profesionales con la Universidad, y a mérito del artículo 6° del Decreto de 15 de febrero de 1868, por medio del cual se dispone la enseñanza para los alumnos del primer año de la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos de la asignatura denominada “Derecho Natural, Constitucional o Internacional”, de otro lado, no puede menos que llamar la atención respecto del rótulo dieciochesco conforme con el fue bautizado.

Todo parece indicar que tal nomenclatura asumida en sus orígenes por nuestra disciplina estuviere directamente influenciada por el título dado a sus textos por don Ramón Salas, y no que se asumieran dichos textos por su similitud con aquella.

Repárese que la edición primigenia de estos libros apareció editada en Madrid y en 1821, cinco años antes que se instituyese nuestra primera cátedra.

Es bien cierto que ambos rótulos no son del todo semejantes. Mientras los textos de Salas asumen el de Derecho Público Constitucional, nuestra primera cátedra habría de incorporar entre los adjetivos Público-Constitucional, la conjunción “y”, con lo cual pareciese darse a entender que al lado de un Derecho Constitucional al mismo tiempo la asignatura habría de hacerse cargo del estudio de alguna otra disciplina del llamado Derecho Público: El Derecho Administrativo, el Derecho Penal o, tal vez, el propio Derecho Internacional, llamado entonces Derecho de Gentes).

Sin embargo, si se percata que dentro de las diversas cátedras instituidas por el Decreto de 21 de octubre de 1826 aparecen también las de Derecho de Gentes (Derecho Internacional Público) y la de Derecho Criminal (Derecho Penal), sólo restaría conjeturar la enseñanza de un probable Derecho Administrativo, lo que ya no es posible de admitir, si se tiene en cuenta lo incipiente de nuestra estructura administrativa y la absoluta improbabilidad de configurar dogmáticamente la existencia de un Derecho Administrativo como consecuencia de lo anterior.

Por lo que la conjunción “y” entre los adjetivos Público-Constitucional, no tendría la característica de una conjunción disyuntiva, en virtud de la cual se pretenda dar la idea de separación o alternancia entre dos disciplinas probables,

sino la de una conjunción copulativa, por entonces frecuentemente empleadas para “maquillar” palabras o frases algo extensas.

Pero ¿por qué Derecho Público y Constitucional, y no simplemente Derecho Constitucional?

Tal vez la utilización de un *nomen iuris* semejante haya que buscarla en el pensamiento de Ramón Salas, que es probablemente el que compartiera don Antonio Amézaga.

Así, éste, después de desechar la posibilidad de empezar a indagar sobre los muy diversos significados de la palabra “Derecho”, como de las muchas clasificaciones que sobre sus disciplinas se han formulado, nos dirá que, en sentido propio, “la palabra *Derecho* significa lo mismo que la palabra *Ley*”.

Desde esa perspectiva, agregaría, el título de sus *Lecciones* bien podrían denominarse, “sin inconveniente, como ciencia de las leyes constituciones” (pág. 1).

Ahora bien, aún cuando en su pensamiento la nomenclatura más adecuada para nuestra disciplina es de darle el título de Derecho Constitucional para evitar de ese modo la confusión de que en sus obras se pretendan encontrar vestigios de un Derecho de Gentes (que “no es en realidad más que la colección de los pactos y tratados que determinan las relaciones de las naciones y de los soberanos entre sí”) si sólo hubiera optado por asignarle el membrete de Derecho Público, por entonces de generalizada utilización entre los cultivadores de esta materia.

Por todo ello, “yo he adoptado la denominación más complexa de Derecho Público Constitucional, porque me parece previene de todo equívoco” (pág. 2).

Al margen de lo curioso y anecdótico que pueda revestir todo este conjunto de consideraciones, conviene parar mientes cómo desde sus orígenes, en un hecho que se ha mantenido invariablemente a lo largo del tiempo, como uno que otro período muy breve de intervalo, nuestra disciplina ha mantenido el adjetivo “Constitucional” en su designación, a diferencia con lo que ha sucedido hasta hace realmente poco tiempo en otros contextos muy próximos a nosotros.

VIII

La historia del Colegio de San Carlos, sin duda alguna, el bastión intelectual por casi un siglo del Perú, es una historia aún por escribirse. Su historia es también, en mucho, la historia del Derecho Constitucional, y en tanto no develada todavía, aguarda muchas sorpresas.

Lo que sí es un hecho, es que para que nuestra disciplina asumiera su *nomen iuris* propio no se tuvo que esperar hasta 1868, fecha en que se fusionan los Colegios con la Universidad, y mucho menos a 1875, en que se funda la Facultad de

Ciencias Políticas y Administrativas en San Marcos, que algunos han considerado como el punto de partida de nuestra disciplina.

Prueba de lo anterior es que a lo largo de los distintos planes de estudios confeccionados para el Colegio San Carlos, aparece en más de una oportunidad la cátedra de Derecho Constitucional como disciplina independiente de otras que eventualmente pudieran haberla subsumido, contrariamente a lo que hasta ahora se ha venido sosteniendo.

Es muy probable, por otro lado, que este Derecho Público y Constitucional instituido por primera vez entre nosotros como cátedra, en realidad no haya perdurado más allá de dos o tres años consecutivos entre las asignaturas que se impartían en el Convictorio, y que ni siquiera alcanzase un nivel destacado, debido en parte al incesante mudar de constituciones que habríamos de experimentar, como lo corrobora el hecho de ésta haya sido sistemáticamente ignorada de los escasos estudios dirigidos a pesquisar la evolución de la enseñanza del Derecho Constitucional.

Pocas noticias se tiene, efectivamente, sobre el desenvolvimiento de la enseñanza de la asignatura durante los 15 años posteriores a su creación, hasta que en 1842 don Bartolomé Herrera asume el rectorado del Convictorio Carolino, se hace cargo del dictado de nuestra disciplina, y poco tiempo después traduce e inserta unas “notas” al texto del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira, *Compendio de Derecho Público Interno y Externo*, que utiliza como manual de enseñanza. Pero que había la necesidad de contar con una disciplina como ésta, y de dictarla, más tarde o más temprano, era algo evidente en tanto nuestro país se encontraba configurado como ropaje constitucional. Allí están, por mencionar dos casos, los reglamentos del Convictorio Carolino de 1836 y 1857, que la consideran entre las cátedras que allí se dictaban.

IX

Al interior del país, la situación por la que atravesaba la instrucción pública era aún mucho más dramática con lo que acontecía en la Capital de la República. A diferencia de lo que suele acontecer con aquellos Estados que adoptan la estructura federal, donde los estados miembros normalmente suelen tener un grado de desarrollo por completo independiente e la capital, el centralismo largamente practicado desde inicios del Virreinato, y que prosigue durante toda la etapa posterior, prácticamente había liquidado la vida académica en la periferia.

Se crearon, es cierto, en los inicios de la República algunas universidades, muchos colegios de instrucción escolar y hasta algunos de carácter profesional, pero la crisis de toda índole por la que atravesamos las habían condenado a una irremediable vida vegetal.

No solamente no disponían con rentas suficientes que les permitiera sufragar los costos mínimos que se requieren para cumplir con los fines a los que habían sido destinados, sino que adicionalmente la crisis se hacía latente con la carencia de profesores, de profesionales que dirigieron dichos centros de estudios así como de infraestructura donde poder desarrollar sus funciones ordinarias.

Un caso sintomático de todo ello es el que ofrece la Universidad de Trujillo, creada por Decreto de 10 de mayo de 1824, durante el Gobierno de Bolívar. En el referido Decreto de fundación se disponía que el Rector, asociado con personalidades de la talla de don Hipólito Unánue, Manuel Lorenzo Vidaurre y Manuel de Vidaurre, todos ellos de prestigiosa labor docente en Lima, deberían de elevar, “a la brevedad posible” el proyecto de Estatutos al Gobierno para su aprobación, el mismo que debería de consignar entre otras asignaturas y ciencias que allí se irían de dictar, las de Derecho Público y Patrio.

No obstante ello, todo parece indicar que dicho proyecto de Estatutos, el funcionamiento mismo de la Universidad y con ella, la enseñanza de las disciplinas jurídicas antes aludidas no se llevarán a cabo sino hasta 1832.

El Decreto de 17 de agosto de 1831, que disponía que la Universidad debiera de funcionar en las instalaciones del Colegio San Carlos de Trujillo, y que su funcionamiento debiera de arreglarse “en lo posible a los estatutos de la Universidad de San Marcos”, es bastante elocuente en ese sentido: “... en el Departamento de la Libertad –llegaría a decir su largo considerando– se hace sentir demasiado la falta de profesores de Derecho que patrocinen las causas y ocupen las magistraturas, por no haberse enseñado anteriormente allí las diferentes ramas que abraza esta ciencia; (...) es necesario (por tanto) organizar en el modo posible la Universidad creada en Trujillo ... para que confiera los grados que deben proceder al estudio práctico de la jurisprudencia y sirvan de estímulo así a los que se dediquen a las demás ciencias”.

Casi es la misma situación la que atraviesan universidades mucho más antiguas del interior, como es el caso de San Agustín de Arequipa, San Antonio Abad del Cuzco y la de San Cristóbal de Ayacucho.

Muchas de ellas, como las que se irían de crear poco tiempo después, normalmente adoptaron sus estatutos y/o reglamentos de conformidad con el que regía o bien para el Colegio de San Carlos de Lima o bien el de la Universidad de San Marcos, con el inconveniente que en el caso de San Marcos nuestra asignatura era ignorada en su Plan de Estudios.

Y en el caso de aquellos centros de enseñanza que adoptaban el Plan de Estudios de San Carlos, como es el caso del Colegio de Educación Científica de Huánuco, éstos empezaron a funcionar con posterioridad a la fecha de inauguración del dictado de nuestra asignatura, ocurrida finalmente el 2 de enero de 1827.

De algunos de estos centros de estudios mencionados, inclusive no se tienen mayores noticias respecto de los planes de estudios que en ellas rigieran por aquellos años en que se empieza a dictar el Derecho Constitucional, lo que sindicaría no sólo la ausencia de planes de estudios propios, sino que además el dato más sintomático de la vida vegetativa a la que el centralismo asfixiante, reinante entre nosotros, los había condenado.

Pero el análisis de todo lo que en provincias sucediera, del horizonte dogmático que pudiera haber asumido nuestra asignatura, y de un haz de cuestiones conexas a ellas, ya es un asunto del que aquí no se nos está permitido entrar en mayores detalles.

X

La historia de la enseñanza del Derecho Constitucional en el Perú, como ya se ha indicado, apenas si es un rubro donde nuestros publicistas si se han detenido. Una solitaria excepción, es el trabajo que debemos a Eleodoro Balarezo, “Villarán y la enseñanza del Derecho Constitucional”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año III, N° III, UNMSM, Lima 1939. Bajo otro contexto, pero que puede ser útil para el bosquejo de ésta, cfr. José Carlos Martín, *Historia de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas (1875-1920)*, s.p.i., Lima 1949.

Sobre la situación institucional de la Universidad de San Marcos entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, Cfr. Luis Antonio Eguiguren, *La Universidad Nacional Mayor de San Marcos, IV Centenario de la fundación de la Universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica*, Imprenta Santa María, Lima 1950, Felipe Barreda y Laos, *Vida intelectual del Virreynato del Perú*, UNMSM, 3era. Edición, Lima 1964. José Valega, *El Virreynato del Perú*, Editorial Cultura Ecléctica, Lima 1939.

Acerca del Convictorio Carolino, a parte de los ya citados, cfr. Manuel Vicente Villarán, “La Universidad y el Colegio de San Carlos”, en *Revista Universitaria*, UNMSM, Año IX, Vol. II, Lima 1914. Noé Zevallos Ortega, “Real Convictorio de San Carlos”, en *Revista Peruana de Historia Eclesiástica*, N° 1, Cuzco 1989.

Para la obra educativa y la vida de Toribio Rodríguez de Mendoza, cfr. Rubén Vargas Ugarte, *El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias*, Edit. Milla Batres, Lima 1970. Jorge Guillermo Leguía, *El Precursor (Ensayo biográfico de D. Toribio Rodríguez de Mendoza)*, Edit. Rosay, Lima 1922. Fernando Romero, *Rodríguez de Mendoza: hombre de lucha*, Edit. Arica, Lima 1973.

Sobre los planes de estudios de inicios de la República, y en general, la de instrucción pública, cfr. Felipe Barreda y Laos, “Las reformas de instrucción

pública”, en Revista Universitaria, UNMSM, Año XIV, Vol. I, 2do. Trimestre, Lima 1919.

La cita de Manuel Vicente Villarán que aparece en el texto, es de la última obra que en vida publicara nuestro eminente publicista: *Vida y Pensamiento de Luis Felipe Villarán*, Gil S.A., impresoras, Lima 1945, pág. 27.

Quien atribuye a Rodríguez de Mendoza el hecho de haber sido el fundador de los estudios de nuestra asignatura en el Perú, es Eleodoro Balarezo (Ob. Cit., pág. 644). A él se debe también la tesis de que el Derecho Natural y de Gentes habría sido la primera cátedra de Derecho Constitucional, entre tanto ella permanecía unida a otros saberes; independencia y autonomía que, para él, sólo se alcanzaría en 1875, al crearse la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas en San Marcos.

La idea de que la Filosofía Moral hiciera las veces de una asignatura de Derecho Constitucional corresponde a Gustavo Pons Musso, *Historia de la Facultad de Derecho*, UNMSM, Lima 1946, pág. 41. Igual impresión deja traslucir Alberto Tauro, *Diccionario Enciclopédico del Perú ilustrado* (Voz: Rodríguez de Mendoza), T. III, Editorial Mejía Baca, Lima 1967, pág. 69.

Para el Derecho Natural y de Gentes, cf. Juan Bautista de Lavalle, *La crisis contemporánea de la Filosofía del Derecho*, Oficina tipográfica de “La opinión nacional”, Lima 1911.

Los reglamentos, estatutos y constituciones del Perú, pueden verse en José Pareja Paz Soldán, *Las Constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954. Domingo García Belaunde, *Las Constituciones del Perú*, WG. Editor, Lima 1933 (Incluye la Carta de Cádiz).

La periodificación de nuestra historia constitucional, que nosotros seguimos aquí libremente, en Domingo García Belaunde, “El constitucionalismo peruano en la presente centuria”, en Derecho, Nos. 43-44, PUCP, Lima, diciembre de 1989-1990. Idem. “Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)”, en Revista Ayer, N° 8, Madrid 1992.

Acerca de las cátedras de Derecho Constitucional creadas al influjo del artículo 368° de la Constitución de Cádiz, Cfr. Luis Sánchez Agesta, “Las primeras cátedras españolas de Derecho Constitucional”, en Revista de Estudios Políticos, N° 126, Madrid 1962 (Número monográfico dedicado a esta Constitución).

Los reglamentos, decretos, cartas y notas cursadas del Convictorio Carolino a los que se refieren en el presente trabajo, han sido directamente consultadas del Legajo especial que sobre San Carlos se guarda con mucho celo y esmero en la Sala de Investigaciones de la Dirección Nacional de Archivo Histórico del Archivo General de la Nación. (El decreto en virtud del cual se nombra el primer cate-

drático de Derecho Constitucional puede revisarse en el apéndice documental incorporado en el libro de Vicente Ugarte del Pino, *Historia de la Facultad de Derecho*, UNMSM, Lima 1968, pág. 101).

La edición original de los dos tomos de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las escuelas de España* de Ramón Salas apareció bajo el sello de la Imprenta del Censor (T.I) y de la Imprenta de Fermín Villalpando (T. II), en Madrid y en 1821. Un año antes, la Carta de Cádiz fue restablecida por las Cortes Generales en España y, al parecer, éstos constituirían los textos más orgánicos que se habrían editado “entre tanto escrito y panfleto” en la Península Ibérica con el objeto de explicarla.

Estos mismos textos han sido recientemente reeditados, en un sólo volumen, por el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid 1982), precedidas de un agudo y penetrante Estudio Preliminar de José Luis Bermejo Cabrero (pp. VII-L).

La cita de Pablo Lucas Verdú es de su trabajo “La Ciencia del Derecho Político en España”, en su *Curso de Derecho Político*, Vol. I, 2da. Edición, Madrid 1980, pág. 152.

El primer libro de Derecho Constitucional escrito por autor nacional, hasta ahora, parecer ser el de Felipe Masías, *Breves Nociones de la Ciencia Constitucional*, Imprenta J.M. Masías, Lima 1855 (2da. Edición, Lima 1860, ampliada). Antes, sin embargo, Bartolomé Herrera ya había traducido del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira su *Compendio de Derecho Público Interno y Externo* (Imprenta del Colegio, Lima 1848). La sección primera de este texto tiene por subtítulo el membrete de nuestra disciplina, y a ella Bartolomé Herrera le habría de dedicar algunas páginas a guisa de “Anotaciones”, que incorpora como apéndice.

Los decretos, leyes y órdenes sobre instrucción pública de este período, pueden consultarse en cualquier colección de normas existentes que abarquen el siglo XIX. Nosotros, a parte del Diario Oficial El Peruano, hemos utilizado esencialmente: Mariano Santos de Quirós, *Colección de Leyes, decretos, y órdenes publicadas en el Perú desde su independencia en el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1830*, Imprenta de José Masías, Tomos I y II, Lima 1831 y 11832, respectivamente. Juan de Oviedo, *Colección de leyes, decretos y órdenes publicados en el Perú*, T. IX (Ministerio de Beneficencia, Instrucción Pública y justicia), M.A. Fuentes, Editor, Lima 1862.

De interés por algunos datos biográficos que en torno a don Antonio Amézaga se consigna, es el libro de Hugo Garavito Amézaga, *El santo hereje. Mariano Amézaga y el radicalismo anticlerical en el Perú del XIX*, ediciones El Virrey, Lima 1986. El entrecomillado que aparece en la parte correspondiente del texto, es de esta última obra, en página 20. (Allí el autor, en vez del apellido materno Sifiente, consigna el de Agüero, que también es posible de apreciarse en la obra ya citada de

Alberto Tauro, y que no hace sino corroborar nuestras impresiones en torno a la identidad de nuestro personaje).

La influencia de Bentham sobre Ramón Salas ha sido puesta de relieve por Joaquín Varela Suanzes, “¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX?”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, No. 9, Murcia 1997, págs. 79-81).

Sobre los pormenores de las primeras cátedras italianas de Derecho Constitucional, Cfr. el prólogo de Pablo Lucas Verdú, “Paolo Biscaretti di Ruffia y la ciencia italiana del Derecho Constitucional”, en el libro, traducido por él mismo, de Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid 1965.

En relación al desarrollo del Derecho Constitucional en el siglo XIX, aún es útil revisar el texto de Adolfo Posada, *Guía para el estudio y aplicación del Derecho Constitucional en Europa y América*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid 1894, especialmente, págs. 227 y sgtes.)

Entre las muchas monografías dedicadas a explicar la evolución del Derecho Constitucional en España, Cfr. El trabajo escrito en 1932, de Nicolás Pérez Serrano, “Concepto, método y fuentes del Derecho Político”, en *Revista de Derecho Público*, Año X, Vol. II, No. 95, Abr-Jun, Madrid 1984. Francisco Fernández Segado, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: La evolución de la disciplina en España”, en *El Jurista*, No. 11-12, Lima 1995.

El trabajo de Adolfo Posada al que se alude en el texto es su *Tratado de Derecho Político*, T. 2, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid 1924 (especialmente, pág. 302 y sgtes.)

La escasa influencia de Salas en España también es destacada por Pablo Lucas Verdú, en su *Curso de Derecho Político*, Vol. I, Madrid 1972. El trabajo de Beyneto Pérez al que se hace referencia es *Historia de las Doctrinas Políticas*, Edit. Aguilar, Madrid 1958, pág. 409.

Para la evolución constitucional de Colombia, cfr. Antonio José Rivadeneira, *Historia Constitucional de Colombia (1510-1978)*, Editorial Horizontes, Bogotá 1978. Por lo que hace a la influencia de la Constitución gaditana, entre la mucha bibliografía existente, cfr. Manuel Ferrer Muñoz, *La Constitución de Cadiz y su aplicación en la Nueva España*, UNAM, México 1993.

En relación al desarrollo de la asignatura en México, cfr. Daniel Moreno, “La primera cátedra de Derecho Constitucional en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XVI, No. 63-64, Jul-Dic, México 1966. Y en relación a Argentina, cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 1, Edit. Astrea, Buenos Aires 1993.

En el siglo XX se ha compilado lo principal de la obra de Bartolomé Herrera: *Escritos y Discursos*, 2 tomos, Librería Francesa Científica y Casa Editorial E. Rosay, Lima 1930.

No recuerdo exactamente dónde leí que de Pedro Gálvez existirían una “lecciones” dictadas en el Colegio Guadalupe, tomadas por sus alumnos, que no he podido revisar. No obstante ello, Cfr. de su hermano, José Gálvez, *La Convención Nacional y la Constitución de 1856*, Imprenta de José Félix Moreno, Lima 1858.

Sobre el magisterio y la obra de Luciano Benjamín Cisneros, cfr. Raúl Porras Barrenechea, “Don Luciano Benjamín Cisneros, abogado representativo del siglo XIX (1832-1906), en Revista del Foro, Año XLIII, No. 1, Ene-Abr, Lima 1956, pág. 16.

De Felipe Villarán se puede consultar sus libros *Derecho Constitucional Positivo*, Imprenta del Estado, Lima 1875; también su *Derecho Constitucional Filosófico*, Lima 1881.

Como se ha expresado, la obra de Felipe Masías es *Breves nociones de la ciencia constitucional*, Imprenta de J.M. Masías, Lima 1855. 2da. Edición, Lima 1860. La obra de José Silva Satisteban a la que se hace referencia es su *Curso de Derecho Constitucional*, Lima 1856. 2da. Edición, París 1874.

Lima, noviembre de 2008.

CIUDADANOS PARA EL PAÍS QUE QUEREMOS

PEDRO J. FRÍAS
(Argentina)

No estamos acostumbrados a pensarnos en nuestra calidad de ciudadanos. Ser ciudadanos nos une en un pasado y en un destino. Nos asegura respeto, contención, tutela y la propia identidad. Me detengo en estas promesas de la condición de ciudadano.

Por ahora, la seguridad jurídica es el mayor reclamo de este respeto derivado de la calidad de ciudadano. La seguridad jurídica es clave del crecimiento económico y de todo ejercicio de libertad, porque ese ejercicio tiene reglas que exigen previsión y confiabilidad.

La contención se ha vuelto inesperadamente indispensable, dado que la protesta social ha pasado de los “cacerolazos” a los “piquetes”, que no respetan los derechos ajenos de circulación ni otros afectados de diversos grados.

La tutela derivada de la condición de ciudadano se vincula con la asistencia y con la cooperación social para superar situaciones extremas que se han multiplicado entre nosotros. Las han ilustrado la *Mesa de Diálogo Argentino* y tantas otras voces. La tutela abarca el desempleo, que en la sociedad tecnológica es estructural; la exclusión; la enfermedad... Por fin, la realización de la propia identidad, superando las contradicciones y la relajación del sentido de los deberes, se vincula al bien común. Y porque es común se comunica a cada habitante para alcanzar su destino temporal y trascendente.

SOCIEDAD CIVIL

Ya hace tiempo que advierto la fragmentación peligrosa de la sociedad argentina, que ha sido descrita por el cardenal Bergoglio en varios pasajes de su sermón patrio: el “internismo faccioso”, las estrategias entrecruzadas que se neutralizan, “la disolución nacional”. Las visiones distintas son propias de una socie-

dad pluralista, pero deben articularse dentro de la democracia para crear consensos para políticas de Estado. Las políticas de Estado son las que continúan aunque los gobiernos cambien.

La integración social es, pues, una prioridad. Tiene una dimensión política necesaria para gobernar; una dimensión moral en el reconocimiento de la identidad nacional y local; y una dimensión asistencial, que es también moral, que nos hace corresponsables de los excluidos y de los indigentes.

La economía social de mercado que inspira a nuestra Constitución admite que se distraigan fondos normalmente destinados a la producción, para satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de buena parte de la población. Cumplida esta condición previa, se puede esperar que los favorecidos salgan de su abatimiento cotidiano para emprendimientos que generalmente crecen dentro de la economía informal.

La dimensión moral mira hacia la identidad. Ser ciudadanos nos inviste de derechos y de deberes. Nos ofrece la posibilidad, por la tradición católica de nuestro pueblo, de una ética que hoy vacila.

Creo que todos queremos vivir en un Estado de Derecho. Pero, como lo señala unánimemente la ciencia política, no está en su apogeo ¿Y entonces? Entonces se exige mucho al Derecho. Y el Derecho puede solucionar los problemas cotidianos de una sociedad, pero no totalmente los más graves: las mafias, el narcotráfico, la subversión, el terrorismo de Estado. El Derecho no es más que el orden del orden social, no todo el orden. Pero hay un modo de hacerlo más eficaz y es encolumnarlo en la sociedad civil. No a cacerolazos, que ya han cumplido su función de protesta, sino encarnado en un movimiento cívico y, a veces, político. Sí, hay lugar para alternativas políticas y estas irán creciendo.

TAREAS PENDIENTES

Debemos hacer crecer la democracia a través de la participación para disminuir el número de excluidos del sistema político. Esa participación debe ser gradual y responsable, para no poner en peligro la gobernabilidad. La gobernabilidad depende no tanto del carisma de los líderes sino de la interacción entre órganos gubernamentales y no gubernamentales para una acción mixta, pública y privada.

La participación exige que la sociedad civil crezca en institucionalización y en recursos. Tenemos un rico voluntariado, pero debe construir sus espacios de cooperación con el sector público y con el económico.

El Estado debe recuperar su capacidad de gobierno en pocas funciones esenciales. No puede ser un Estado débil, porque, en el mundo global, se re-

quiere aceptar el aumento de las interrelaciones, pero evitar las dominaciones explícitas u ocultas.

El poder financiero debe estar al servicio de la economía y no al revés, como suele ocurrir. Pero debemos fortalecer la cultura del trabajo, comprometida con la civilización del ocio, tempranamente instalada entre nosotros. Los recursos naturales deben tener valor agregado.

La educación, la salud y el trabajo deben ser políticas de Estado, nacidas de la concertación entre todos los grupos de interés y de opinión, y los partidos políticos. Concertarse por el país y su pueblo asegura el bien común y la gobernabilidad misma, que de otro modo está en riesgo. La sociedad no es inocente, pero la dirigencia política lo es menos. Conductas ejemplarizadoras deben permitir un nuevo pacto de confianza, ahora.

UNA ARGENTINA UNIDA

Cada argentino es hoy responsable de su país. Del destino que este va marcando en la historia. Cada argentino tiene sobre sí la “culpa” de la situación general actual. Unos, por hacer esto y aquello. Otros, por no hacerlo. Todos, por no deponer sus propias convicciones frente a la patria misma.

Están en juego la grandeza y el futuro de nuestra Argentina. Más que esto: están en juego el destino y la forma de vida de nuestros hijos en el país que queremos.

Nuestra generación, confundida acaso por el desarrollo explosivo de los nuevos tiempos, debe, sin embargo, ser capaz de generar las soluciones que nuestra propia dignidad requiere. Es hora de actuar. Hoy, aquí, ahora, en la medida de la posibilidad de cada uno. Con el realismo que adquiere la suma de los pequeños esfuerzos. En el reconocimiento de que no existen pequeños esfuerzos, que son todos grandes si van unidos.

Es hora de actuar. Mañana será inútil. La búsqueda no puede hacerse en la soledad de los sectarismos. Nuestra voluntad de ser debe expresarse a través de un anhelo común de mejorar el hombre y las estructuras actuales. Y deben fundarse también en el reconocimiento sincero de que sin fraternidad nada será posible.

**Esta obra se terminó de imprimir
en Magna Ediciones el día
19 de marzo de 2012
con ocasión del Bicentenario
de la Constitución de Cádiz
de 1812.**

CONTENIDO

I) SOBRE DIEGO VALADÉS. Homenaje a Diego Valadés: **Héctor Fix-Zamudio** (México). Dedicatoria a Diego Valadés: **Peter Häberl** (Alemania). Los primeros pasos de Diego Valadés en el Derecho Constitucional: **José F. Palomino Manchego** (Perú). El presidencialismo en latinoamérica, siguiendo la doctrina de Diego Valadés: **Humberto Quiroga Lavié** (Argentina).

II) DERECHOS FUNDAMENTALES. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração: **Paulo Bonavides** (Brasil). La mundialización de los derechos humanos: **Carlos Ayala Corao** (Venezuela). El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos: **Sergio García Ramírez** (México). Reforma del Estado y derechos fundamentales: Algunas propuestas: **Miguel Carbonell** (México). El derecho de comunicarse, un instituto sueco: **Adrián Ventura** (Argentina).

III) CONTROL DEL PODER Y SUS MODALIDADES. Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela: **Allan R. Brewer-Carías** (Venezuela). Las preguntas parlamentarias en el cuadro de la actividad de investigación del parlamento italiano. Reflexiones comparativas: **Lucio Pegoraro** (Italia). El Control del Poder y la democracia. Reflexiones generales. El caso uruguayo: **Héctor Gros Espiell** (Uruguay). La interpretación constitucional como modalidad del control del poder: **Raúl Canosa Usera** (España). Intervenciones judiciales en controversias políticas: **Hans-Rudolf Horn** (Alemania). El poder de dirigir la dirección política en el sistema presidencial mexicano: **Daniel A. Barceló Rojas** (México). Poder local, gobernabilidad y descentralización: **Gerardo Prado** (Guatemala). La función contralora y su vigencia en las distintas expresiones de lo público: **Graciela Soriano de García-Pelayo** (Venezuela). O poder regulamentar do presidente possibilidade de controle corretivo exercitável pelo parlamento brasileiro: **André Ramos Tavares** (Brasil). Control del poder, suprema corte y juicio de amparo en México: **Arturo Zaldívar** (México). El control del poder en procesos de transición: **Dieter Nohlen** (Alemania). Antejjuicio y juicio político en el Perú: **Francisco José Eguiguren Praeli** (Perú). Control y responsabilidad de la administración financiera pública: **Jorge Reinaldo Vanossi** (Argentina). Control del poder y tránsito entre gobiernos: Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos: **Joaquín Brage Camazano / Fernando Reviriego Picón** (España). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa: **Eduardo García de Enterría** (España). Las funciones del control jurisdiccional del poder en Latinoamérica: **Jorge Silvero Salgueiro** (Paraguay). Control del poder judicial, ponderación y objetividad en la interpretación constitucional: **Virgílio Afonso da Silva** (Brasil).

IV) CONSTITUCIÓN Y PODERES DEL ESTADO. Diversos aspectos personales y sociales en la procuración de justicia: **Jorge Carpizo** (México). O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa: **Jorge Miranda** (Portugal). La garanzia del diritto costituzionale nell'epoca dell'interdipendenza dei beni costituzionali: **Gustavo Zagrebelsky** (Italia). A constituição e a estrutura de poderes: **José Afonso da Silva** (Brasil). El concepto sociológico de constitución: relevancia para el sistema político y constitucional: **Humberto Njaim** (Venezuela). El concepto de constitución: **Pablo Luis Manilli** (Argentina). A constituição como garantia da democracia: O papel dos princípios constitucionais: **Ruy Samuel Espíndola** (Brasil). Costituzione e regole di ingaggio: **Giuseppe de Vergottini** (Italia). El senado español: De sus aguas tranquilas al torbellino de su posible reforma (la vigencia de una vieja cuestión: *quid custodet custodes*): **Oscar Alzaga Villamil** (España). El valor de la Constitución en el estado de derecho actual instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales: **Arturo Hoyos** (Panamá). La elaboración de la Constitución y sus condicionantes: Una reflexión a los treinta años de su entrada en vigor: **Javier Pérez Royo** (España). El poder político y la democracia: **Rubén Correa Freitas** (Uruguay).

V) DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO. Características del regionalismo en los sistemas constitucionales a varios niveles. Una aproximación de derecho comparado: **Giancarlo Rolla** (Italia). Presidencialismo y federalismo en Argentina: **Antonio María Hernández** (Argentina). Sistema presidencial y federalismo: **José Ma. Serna de la Garza** (México).

VI) JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Kelsen en París: Una ronda en torno al "modelo concentrado": **Domingo García Belaunde** (Perú). El control abstracto de inconstitucionalidad de leyes en México. Tipología de resoluciones: **Eduardo Ferrer Mac-Gregor** (México) / **Rubén Sánchez Gil** (México). A propósito del "juez actor", del "juez investigador" y del "juez preservador", en el derecho procesal constitucional: **Néstor Pedro Sagüés** (Argentina). Los precedentes constitucionales: **César Landa** (Perú). La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: **Manuel Aragón** (España). Control constitucional y poder político. navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: **Gerardo Eto Cruz** (Perú). Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España: **Francisco Fernández Segado** (España). A repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário na constituição brasileira de 1988: **Ivo Dantas** (Brasil).

VII) TEMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL. Interpelaciones en la reforma constitucional de 2005 en Chile. Notas acerca del control político en el presidencialismo: **Francisco Zuñiga Urbina** (Chile). Análisis y perspectivas en el sistema de la Argentina: Control de la reforma constitucional: **Raúl Gustavo Ferreyra** (Argentina). Poder constituyente y reforma constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno: **Humberto Nogueira Alcalá** (Chile). La reforma constitucional electoral mexicana de 2007 y los medios de comunicación el control de un poder privado desde el poder público: **Pedro Salazar Ugarte** (México). Reforma constitucional y control de constitucionalidad: **Rubén Hernández Valle** (Costa Rica). El control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en Venezuela: a propósito del fracasado proyecto de reforma de la constitución venezolana propuesto en el año 2007: **José Vicente Haro García** (Venezuela). El poder constituyente material en el control de constitucionalidad por la corte suprema de justicia argentina: algunos casos paradigmáticos: **Ricardo Haro** (Argentina).

VIII) Miscelánea. Manifiesto para una nueva ilustración: **Emilio Suñé Llinás** (España). Los sistemas electorales comparados: **Alberto Ricardo Dalla Via** (Argentina). Luz y sombra en la evolución hacia el estado social en Chile: **José Luis Cea Egaña** (Chile). Bicentenario. 1808: constitución de Bayona. Los inicios del nuevo régimen en centroamérica: **Jorge Mario García Laguardia** (Guatemala). La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional: **Edgar Carpio Marcos** (Perú). Ciudadanos para el país que queremos: **Pedro J. Frias** (Argentina).

ISBN: 978-612-45674-4-5



9 786124 567445