

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**  
DIRECTOR  
**LUIS ELGUERA**  
SECRETARIO

**AÑO 10, Nº 18**  
**ENERO - JUNIO 2009**

**18 / 2009**

**Revista Peruana de**

# **Derecho Público**

## **ESTUDIOS**

La crisis mundial y el Derecho Público (El Estado, otra vez,  
protagonista)

por **ALEJANDRO PÉREZ HUALDE**

Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito  
político

por **MARINA GASCÓN ABELLÁN**

El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano

por **JOSÉ ANTONIO RIVERA S.**

El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción  
constitucional ¿un elemento atípico?

por **ALFONSO HERRERA GARCÍA**

**GRILEY**

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO PÚBLICO

EDITORIA JURÍDICA GRILEY

# REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

**Año 10, Número 18 • Enero-junio de 2009**

Director  
**Domingo García Belaunde**

Comité de Redacción  
**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren  
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino  
Manchego**

Secretario de Redacción  
**Luis Elguera**

Comité Asesor Internacional

- Alemania** : Peter Häberle  
**Argentina** : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Nestor P. Sagüés,  
Alejandro Pérez Hualde  
**Brasil** : Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides,  
André Ramos Tavares  
**Chile** : Humberto Noguiera Alcalá  
**Colombia** : Carlos Restrepo Piedrahíta, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro  
Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Muñoz  
**Costa Rica** : Rubén Hernández Valle  
**EE.UU.** : Robert S. Barker  
**España** : Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García  
de Enterría, Luciano Parejo Alfonso  
**Francia** : Louis Favoreu (†), Franck Moderne  
**Italia** : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro  
**México** : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés  
**Panamá** : César Quintero (†)  
**Portugal** : Jorge Miranda  
**Venezuela** : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional  
**Alberto Ruiz-Eldredge  
Alfredo Quispe Correa  
Gustavo Bacacorzo**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Solicitamos canje cuando se solicita  
Tauschverkehr erwünscht  
Sollecitiamo scambio  
We would like exchange  
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:  
Av. José Gálvez 200 (Corpac)  
Lima 27 - PERU  
E-mail: lcelguera@hotmail.com

Suscripciones, avisaje y distribución:  
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora y Librería Jurídica *Grijley E.I.R.L.*

**Jr. Azángaro 1075 - Of. 207**  
Telf.: 321 0258 / Telefax: 427 6038  
Web: [www.grijley.com](http://www.grijley.com)  
E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)

## SUMARIO

Editorial .....	7
-----------------	---

### ESTUDIOS

La crisis mundial y el Derecho Público (El Estado, otra vez, protagonista) ALEJANDRO PÉREZ HUALDE .....	13
Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político MARINA GASCÓN ABELLÁN .....	51
El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano JOSÉ ANTONIO RIVERA S. ....	73
El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico? ALFONSO HERRERA GARCÍA .....	113

### NOTAS

Jornadas argentino-chileno-peruanas de Derecho Constitucional MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO .....	141
VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y XI Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO .....	155

Un libro de Manuel Aguirre Roca JORGE AVENDAÑO V. ....	165
---	-----

El equilibrio económico de los contratos administrativos JUAN CARLOS CASSAGNE .....	171
--	-----

### NECROLÓGICA

Augusto M. Morello (1926-2009) OSVALDO A. GOZAÍNI .....	177
--	-----

Luiz Pinto Ferreira (1918-2009) JOSÉ AFONSO DA SILVA .....	181
---	-----

José Luis Lazzarini (1929-2009) JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR .....	185
---	-----

### DOCUMENTOS

Discurso del Dr. Juan F. Vergara Gotelli al asumir la presidencia del Tribunal Constitucional el 6 de enero de 2009 .....	189
--	-----

## EDITORIAL

Un nuevo año se inicia para el país y para nuestra revista, que pese a todas las dificultades que se presentan mantiene su terca apuesta por seguir apareciendo, con bastante humildad, pero con persistencia en el empeño.

Y entre los aspectos interesantes, debemos señalar en lo referente al gremio constitucional, que en los días 16-19 de septiembre próximo, se llevará a cabo en Lima, en el campus de la Universidad Católica, el Décimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que continúa una línea ininterrumpida que se inició en 1975 en la ciudad de México por iniciativa de los juristas mexicanos, encabezados entonces por Héctor Fix-Zamudio, quien era a la sazón director del prestigiado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Esta vez el acuerdo de llevar a cabo este evento en la ciudad de Lima, fue adoptado en el último Congreso celebrado en Curitiba y esa responsabilidad la asumió Francisco J. Eguiguren Praeli, actual presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Apoyan también esta iniciativa el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con sede en México y presidido por Jorge Carpizo, así como la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica. La agenda y las invitaciones han sido preparadas con todo esmero y serán oportunamente difundidas a través del correo electrónico y del Internet, y se espera que concurren más de cien profesores extranjeros, al margen de la concurrencia que se espera de los constitucionalistas peruanos y de los estudiantes de Derecho de nuestras universidades, que nos han acompañado siempre en nuestros eventos.

Es importante recalcar la importancia de este Congreso que se llevará a cabo en la ciudad de Lima, no solo porque es la primera vez que esto ocurre, sino porque es muy improbable que vuelva a celebrarse en los próximos años, ya que los congresos, si bien no tienen periodicidad fija,

se suceden con un intervalo de tres a cuatro años entre ellos, y ya en la actualidad existen dos ciudades que se han ofrecido como sedes para los próximos eventos y por tanto hay candidatos que cubrirán, por lo menos, los próximos seis años, si no más. De ahí la importancia que esto significa y porque representa además un claro reconocimiento a la importancia creciente de la comunidad constitucional peruana.

\*\*\*\*\*

Desde el punto de vista legislativo se ha producido la dación de un sinnúmero de decretos legislativos que han creado varios conflictos y sobre todo diversos cuestionamientos. Como es usual en este tipo de legislación delegada, el Ejecutivo ha aprovechado la oportunidad para hacer de todo y meter de todo, con lo cual bajo el manto de una autorización específica, se han incluido numerosos puntos de contrabando. La más notable de las protestas es la relacionada con los pueblos amazónicos, en especial en la localidad de Bagua, que obligó al Gobierno a dar marcha atrás en algunos de los dispositivos acordados. Los hechos recientes demuestran una vez más que este Gobierno —al igual que los anteriores— hace un uso extensivo por no decir abusivo, de los decretos legislativos, con la complacencia del Congreso de la República que no quiere o no puede controlarlos. Algo similar sucede con los denominados “decretos de urgencia” en los últimos años, en donde se advierte a veces notorios excesos.

\*\*\*\*\*

En el mes de marzo el Perú presentó ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya la Memoria conteniendo los argumentos que apoyan su demanda en el diferendo de límites marítimos con Chile, iniciado en enero de 2008. Se espera que Chile prepare la suya y la presente a más tardar en marzo de 2010, en un proceso que será algo largo. No nos extendemos aquí por la complejidad del caso, pero esperamos ofrecer en un próximo número una síntesis de los temas en cuestión.

\*\*\*\*\*

En el presente número ofrecemos al igual que los anteriores diversos artículos de interés — como por ejemplo sobre la nueva Constitución boliviana aprobada en medio de un sinfín de problemas y que seguramente no servirá para los propósitos para lo cuales fue promovida — un recuento de



recientes eventos vinculados con diversas materias, notas necrológicas por el fallecimiento de eminentes colegas y al final, en calidad de documento, un importante discurso de Juan F. Vergara Gotelli cuando asumió el cargo de Presidente del Tribunal Constitucional a principios de año.

Lima, junio de 2009

El Director

# ESTUDIOS

---

# LA CRISIS MUNDIAL Y EL DERECHO PÚBLICO (EL ESTADO, OTRA VEZ, PROTAGONISTA)

**Alejandro Pérez Hualde**

*¿Cómo se sobrepone la burguesía a las crisis económicas? De dos formas: destruyendo violentamente una gran masa de fuerzas productivas y conquistando nuevos mercados, a la par que procurando explotar más concienzudamente, los mercados antiguos. Es decir, que remedia unas crisis, preparando otras más profundas e importantes, y destruyendo los medios de que dispone para prevenirlas.*

Carlos Marx y Federico Engels, en *Manifiesto comunista*

*El país está quebrado por evasión cívica, porque si un país rico, como la Argentina, está lleno, como lo está, de pobres, es una sociedad miserable.*

Rabino Sergio Bergman

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza de la crisis 2009. 1. Nuestro orden jurídico y el internacional. 2. Compromiso internacional. III. El impacto de la crisis sobre el derecho público de la economía. 1. El tiempo del neoliberalismo. 2. El retorno del estado. 3. El fracaso de la "autorregulación" y la necesidad de límites y de autoridad. 4. La definición del espacio del principio de subsidiariedad del estado. 5. El rol del estado en la coyuntura y después. IV. Respuestas e institutos de carácter global. 1. El Acuerdo del "G-20" en Londres. 2. Problemas sociales globales, coyunturales y estructurales. V. La respuesta complementaria de nivel infra-estatal. VI. El compromiso del estado asumido en los tratados internacionales de derechos humanos. VII. La respuesta posible. VIII. Nuestra participación en la respuesta. XI. La racionalidad económica. X. Reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

La aproximación a los temas del Derecho Público exigen siempre la aclaración y advertencia acerca del compromiso personal que implica el hecho de estar involucrado inevitablemente con los hechos analizados. Estos temas no pueden ser analizados como si ocurrieran en otras comunidades lejanas o en el mundo de la química.

Trabajamos sobre temas que nos comprenden, nos comprometen, frente a los cuáles no somos neutrales y, tal vez, con gran esfuerzo, logramos algún grado de imparcialidad en el análisis gracias al espacio que hayamos logrado de independencia de criterio y de objetividad en el tratamiento de las fuentes, sobre todo, de aquellas que difieren de nuestra concepción del mundo. Como ha destacado Agustín Gordillo, ni el juez, ni el profesor, ni el abogado son neutrales; los jueces pueden ser imparciales e independientes; el autor nos propone: “neutralidad vs. imparcialidad e independencia”.<sup>1</sup>

Los temas que trataremos nos duelen, nos preocupan, nos desafían e invitan a ser descubiertos y develados. Si a ello sumamos la absoluta falta de distancia temporal, a tal punto de que hoy nos envuelven y rodean, el lector de este ensayo tendrá conciencia de que estará muy lejos de encontrarse con un estudio desapasionado y sin compromisos del autor.

Sobre esta base, perseguimos el objetivo de aportar elementos para pensar la crisis y procuramos, de ese modo, colaborar a un mejor tratamiento de esta oportunidad histórica de encontrar salidas que coloquen a nuestra Patria en el rumbo perdido hace demasiados años en todo cuanto se refiere a su ubicación y responsabilidad en el concierto internacional, tanto regional como global.

## II. NATURALEZA DE LA CRISIS 2009<sup>2</sup>

La crisis desatada en el tercer trimestre de 2008 a nivel mundial nos propone la reflexión y el análisis; pues las respuestas apresuradas creen vislumbrar, y festejan, un derrumbe estrepitoso del sistema de mercado y un regreso del estado interventor y proteccionista de la economía local. Pareciera que incurren en el mismo error que mostró el neoliberalismo

---

<sup>(1)</sup> Agustín Gordillo. “Comentarios” En: Alejandro Nieto y Agustín Gordillo. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 80.

<sup>(2)</sup> Elaboramos este ensayo sobre la base de nuestra ponencia “El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global (una crítica a las expresadas razones de ‘cohesión social’ y ‘solidaridad’)”, presentada ante el *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* realizado por la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección de Antonio Embid Irujo, los días 19 y 20 de febrero de 2008. Asimismo, ha sido también de gran importancia el intercambio de opiniones y puntos de vista que Agustín Gordillo generosamente aceptó mantener en estos días en que el maestro redactaba su disertación para el *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global* realizado en México en los días 23, 24 y 25, y por nuestra parte, nos ocupábamos de la elaboración de este artículo.

cuando interpretó apresuradamente, y también festejó, la caída del muro de Berlín y de la Unión Soviética como el fin de las ideologías y el triunfo definitivo de la lógica mercadista.

Mario Justo López define la crisis institucional como la falta de respuesta del sistema jurídico político cuando la misma es urgente e imperiosamente requerida por una realidad que se presenta con consecuencias gravosas para el interés público provocando graves daños y en forma amenazadora para esas mismas instituciones. De ahí, entonces, que es necesario indagar acerca de la naturaleza de la crisis para poder formular las respuestas adecuadas a ella.

Hasta estos momentos pareciera que la crisis es considerada como de carácter puramente económico y financiero, pues todas las respuestas concretas apuntan en esa dirección. Si bien muchos discursos indicarían un buen diagnóstico de la realidad jurídica y ética que se encuentra en la base de la crisis, las medidas concretas que se toman tienen exclusivo carácter económico y consisten en el aporte de sumas siderales, contadas en miles de millones de dólares estadounidenses, provenientes de fondos públicos, dirigidas a los sectores más afectados según el exclusivo criterio personal y local de los dirigentes políticos de las principales potencias comerciales del mundo.

Pero también es evidente que ni el tamaño ni la frecuencia de esas inmensas aportaciones de fondos públicos por parte de EE. UU., de la Unión Europea, de la China y de la India, en sus respectivos mercados territoriales, han provocado algún alivio a los indicadores bursátiles e industriales que se derrumban día a día sin acusar siquiera efecto alguno. El *Acuerdo del G-20*<sup>3</sup> apunta preponderantemente en ese mismo sentido en la gran mayoría de sus cláusulas, que luego analizaremos.

Tenemos la convicción de que nos encontramos ante una crisis de naturaleza ético jurídica que nos exige necesariamente respuestas de igual carácter, y de que es un error persistir en el intento de limitar las reacciones a medidas de tipo económico y financiero. Si bien es esperable que se intenten, "es necesario evitar el 'fundamentalismo del mercado' que caracteriza a buena parte de la disciplina internacional de la *economía*",<sup>4</sup> y poner énfasis en que la solución a la gravísima situación por la que atraviesa nuestro mundo en estos momentos impone traer a los mercados al espacio humano de lo jurídico, del cuál parece haberse alejado.

---

<sup>(3)</sup> Nos referiremos bajo esa denominación al acuerdo suscrito en Londres el 2 de abril de 2009 por los integrantes del G-20.

<sup>(4)</sup> Marco D'Alberti. "Il Diritto Amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici" En: *Diritto Amministrativo*, Rivista Trimestrale, n° 1/2008. Milano: Giuffrè editore, 2008. p. 64.

## 1. Nuestro orden jurídico y el internacional

En nuestro análisis de la crisis mundial arrancamos desde el complejo sistema jurídico en que nuestro país se encuentra inmerso a partir de la inclusión expresa tanto de catorce tratados internacionales de derechos humanos (art. 75º inc. 22 CN) como de la garantía de defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (art. 42º CN) en nuestra Constitución Nacional por la Reforma Constitucional de 1994.

Hace ya tiempo que hemos abandonado la fácil interpretación piramidal de Merkl en nuestro sistema jurídico. Pues la incorporación de los tratados de derechos humanos, que ha merecido distintas ponderaciones desde la doctrina, es una de las novedades más importantes y valiosas que aportó esa Convención Constituyente a nuestro ordenamiento jurídico. Entre otras cosas, y aparte del *mea culpa* ante la comunidad mundial que significó en ese momento histórico —después de la sangrienta dictadura de los años '76 al '83—, esa apertura inusual nos colocó en el sistema jurídico global más allá de lo que pretendieron —seguramente— sus autores materiales.

La inclusión de la defensa de los mercados responde a una década de fuerte presencia en nuestro país de las corrientes neoliberales que, si bien no condicionaron a la Convención Constituyente, como lo demuestran diversas normas de claro contenido y compromiso social (art. 75º incs. 18, 19 y 23 CN —por ejemplo—), tampoco fue impermeable a las ideas en boga que servían de fundamento al proceso denominado de “reforma del estado” comenzado en 1989 con la Ley 23.696 y que alentaron y tomaron cuerpo con la suscripción de más de cincuenta tratados de protección recíproca de inversiones donde se acuerda expresamente la renuncia a medidas de corte proteccionista, expropiatorio y a limitaciones en la repatriación de fondos siempre que se trate de un inversor de alguno de esos tantos países suscriptores. También se acuerda en ellos el sometimiento de nuestro país a la jurisdicción de arbitrajes internacionales en el marco del Banco Mundial, los denominados “tribunales” del CIADI.

Por esa razón, tan importante, es que el análisis de la situación jurídica debe partir de nuestra doble posición de sujetos de derechos y de obligaciones que surgen desde nuestro sistema propio que está inmerso en el ordenamiento jurídico internacional. Así, frente a la crisis mundial que nos ocupa, y preocupa, debemos partir de una ponderación abarcadora de los problemas complejos que aquejan al sistema global en estos tiempos.

Nos negamos a aceptar una realidad virtual <sup>5</sup> que el mundo de la mediática nos quiere imponer; la crisis global no es financiera, ni económica, es básicamente de corte social y humana; pues, como se ha dicho, “incluye

---

(<sup>5</sup>) Alejandro Nieto. *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, 2008. p. 13.

no solamente causas económicas y financieras sino también sociológicas y psicológicas;"<sup>6</sup> a todas la cuáles nosotros antepoemos las jurídicas y éticas.

## 2. Compromiso internacional

Esto significa que a lo largo del ensayo proyectaremos nuestra afirmación y compromiso con la urgente inclusión de grandes sectores marginados de la satisfacción de necesidades económicas imprescindibles para acceder a la comprometida meta internacional de alcanzar para todo hombre la "satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad" según el art. 22º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.<sup>7</sup>

Este compromiso internacional se inscribe, también, en un viejo concepto de la doctrina social de la Iglesia Católica, recientemente reiterado, que sostiene que "el objetivo de un orden social justo es garantizar a cada uno, respetando el principio de subsidiariedad, su parte de los bienes comunes", ello por cuanto "no debe haber una forma de pobreza en la que se niegue a alguien los bienes necesarios para una vida decorosa".<sup>8</sup>

La necesidad de acceso de los sectores excluidos a un nivel adecuado de vida, que analizaremos más adelante en un punto específico, es hoy un problema global que exige respuesta de igual carácter; así se ha comprometido en forma expresa el conjunto de países del mundo en la ya mencionada cláusula 22º de la Declaración Universal que obliga al "esfuerzo nacional y la cooperación internacional".<sup>9</sup>

Consideramos que del mismo modo en que los mercados hoy exigen políticas ínter estatales para su salvataje, también los grupos humanos inmersos en la postergación de su acceso a la satisfacción de las necesidades económicas fundamentales, y que hoy se ven más severamente amenazados por la crisis, debe ser encarada de igual forma y con la misma decisión que en estos tiempos observamos cuando se disponen de cifras siderales con la finalidad de recuperar el equilibrio internacional perdido en los mercados internacionales. Máxime cuando en el *Acuerdo del G-20* se reconoce expresamente tal circunstancia (cláusulas nº 25 y 26).

Como ejemplo, cabe considerar que en nuestro país, que está mucho mejor posicionado socio económicamente que otros países hermanos de

---

<sup>(6)</sup> Juan F. Ramos Mejía (h), "¿Es más intervención del estado una solución adecuada para lidiar con la crisis internacional?" En: *El Dial Express* del 20 de marzo de 2009.

<sup>(7)</sup> Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 e incorporada expresamente en el listado del art. 75.22 CN.

<sup>(8)</sup> Ver: Benedicto XVI. *Encíclica "Deus caritas est"*. Buenos Aires: Paulinas, 2006. pp. 38 y 45.

<sup>(9)</sup> En el mismo sentido se inscribe el incumplido compromiso del denominado "G-8" en Escocia en 2005.

Latinoamérica,<sup>10</sup> según números del primer trimestre de 2007, brindados por la Encuesta Permanente de Hogares del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), el 20 % más rico de la población percibe el 52,2 % del total del ingreso, mientras que el 20 % más pobre recibe sólo un 3,7 %. Esa encuesta oficial muestra también que el 10 % más rico de la población recibe 27 veces más que el 10 % más pobre, del total del ingreso.<sup>11</sup> No existen hoy índices confiables que permitan suponer que la situación ha cambiado, al menos, para mejor.

### III. EL IMPACTO DE LA CRISIS SOBRE EL DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA

La crisis en curso, cuando estamos a punto de terminar el primer cuatrimestre de 2009, se ha caracterizado por el derrumbe de los bancos y aseguradoras más grandes del mundo y, con ellos, de algunas grandes empresas y de los índices bursátiles de los mercados de los países más desarrollados.

Los autores definen al Derecho Público de la Economía como “el derecho de la intervención pública en materia económica”.<sup>12</sup> Esa relación, caracterizada fundamentalmente por el grado de intervención que el sistema jurídico autoriza —o habilita— al gobierno mediante sus sistemas de regulación y operación, es distinta y presenta diversos grados en todas las sociedades del planeta. Podríamos afirmar que no sólo no existen dos idénticas sino que, además, no existe alguna que presente formas puras de solo intervencionismo o solo abstención.

Ya en su oportunidad la doctrina advirtió que “es imposible para la doctrina enseñar las principales teorías del derecho administrativo sin hacer referencia a las disposiciones de la Constitución y a la manera en que han sido interpretadas y desarrolladas”.<sup>13</sup> Se trata de una conciencia que está presente en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi cuando afirma que “la Constitución

---

<sup>(10)</sup> Según informe reciente de CEPAL, el total de personas por debajo de la línea de pobreza en Latinoamérica asciende al 34%.

<sup>(11)</sup> Fuente: *La Nación*, Buenos Aires, jueves 21 de junio de 2007, sección 2, p. 3.

<sup>(12)</sup> Pierre Delvolvé. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998. p. 16. Este concepto ha llevado a que otros autores sostengan la lisa y llana inexistencia del Derecho Económico como lo señala Jean-Philippe Colson. *Droit Public Économique*. Paris: L.G.D.J., 2ª edic., 1997. p. 11. Roberto Goldschmidt afirma que se trata del *derecho de la dirección de la economía y de las formas especiales de organización (...) el concepto del derecho económico debe fundarse en el hecho de la organización económica (...) organización que resulta de la intervención del Estado o de otras corporaciones de derecho público* “Derecho Económico” En: *La Ley*, t. 68, p. 756. Este autor escribe durante la vigencia de la constitución de 1949 que poseía fuerte tono intervencionista.

<sup>(13)</sup> Pierre Bon. “La Constitución (francesa) de 1958 y el derecho administrativo” En: *RDA*, n° 15/16, enero-agosto de 1994. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 95.



federal argentina contiene un sistema completo de política económica".<sup>14</sup> Esto es así porque "siempre todo Estado adopta una política económica, incluso cuando decide no intervenir en la actividad económica";<sup>15</sup> pues, sostiene Sampay, inspirador de la reforma constitucional peronista de 1949, la "neutralidad liberal" no es otra cosa que la "intervención a favor del poderoso".<sup>16</sup>

El fenómeno económico protagoniza nuestras sociedades desde hace ya varios años. Afirma Brewer Carías que "uno de los signos más característicos del constitucionalismo contemporáneo es, sin duda, el de la constitucionalización de los principios reguladores de la economía (...) es decir, las constituciones contemporáneas además de su contenido político, formulan, jurídicamente, una constitución económica para ordenar la totalidad de la actividad económica, sea que ésta corresponda ser desarrollada por el sector público, sea por los particulares".<sup>17</sup>

Finalmente, un aspecto a tener muy presente en nuestra tarea es la dificultad severa que los países sudamericanos presentamos frente a los matices y a los equilibrios, sobre todo, cuando se trata de materia ideológica, donde somos propensos a los excesos y extremos radicalizados; acierta Domingo García Belaunde cuando pone de manifiesto que en los países sudamericanos "al parecer no se conocen las zonas intermedias ni los colores grises".<sup>18</sup>

## 1. El tiempo del neoliberalismo

Si bien se sostenía que "el liberalismo moderno, pues, no se opone 'en principio' a la intervención del Estado en la economía sino solo en 'casos concretos y particulares'"<sup>19</sup>, las últimas dos décadas se han caracterizado por el reinado del denominado "consenso de Washington"<sup>20</sup> que se ha

<sup>(14)</sup> Juan Bautista Alberdi. *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*. Tomo segundo de *Organización de la Confederación Argentina*. Madrid: El Ateneo, 1913. p. 3.

<sup>(15)</sup> Germán Bidart Campos. "La economía y la Constitución de 1853-60". En: *El Derecho*, 117-755.

<sup>(16)</sup> Arturo Enrique Sampay. *La reforma constitucional*. La Plata: Ediciones Laboremus, 1949. p. 37.

<sup>(17)</sup> Allan R. Brewer-Carías. "Reflexiones sobre la constitución económica" En: Sebastián Martín-Retortillo (coordinador). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. tomo V. p. 3840.

<sup>(18)</sup> Domingo García Belaunde. *La constitución en el péndulo*. Arequipa: Editorial UNSA, 1996. p. 222.

<sup>(19)</sup> Francesco Galgano. *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*. Barcelona: Ariel Derecho, 1990. p. 35.

<sup>(20)</sup> Cabe recordar los diez puntos del mencionado "consenso" basados en la idea de John Williamson, expresados en su libro *Latin American Adjustment*, publicado en 1990: "1. Disciplina presupuestaria de los gobiernos. 2. Reorientar el gasto gubernamental a áreas de educación y salud. 3. Reforma fiscal o tributaria, con bases amplias de contribuyentes e impuestos moderados. 4. Desregulación financiera y tasas de interés libres de acuerdo al mercado. 5. Tipo de cambio competitivo, regido por el mercado. 6. Comercio libre entre naciones. 7. Apertura a inversiones extranjeras directas. 8. Privatización de empresas públicas. 9. Desregulación de los mercados. 10. Seguridad de los derechos de propiedad."

manifestado en una tendencia mundial generalizada hacia la eliminación, y — si ella no fuera posible — al menos, a la disminución, de toda interferencia desde el gobierno sobre la economía. En ese marco ideológico se ha impuesto una cultura de abstención estatal frente al comportamiento de las leyes económicas propias del mercado, es decir, frente al resultado del juego, no siempre, espontáneo de la oferta y la demanda en el marco de un mercado que se supone libre. Se ha admitido, erróneamente, la existencia de un espacio donde rigen con exclusividad las leyes del mercado con prescindencia de las propias del estado de derecho, de la juridicidad; se ha admitido un plano donde prevalecen las normas propias del mercado y éste se desvincula del derecho; un mundo de lo puramente económico donde no existen valores de otra naturaleza.<sup>21</sup>

El resultado del predominio neoliberal ha sido un mercado donde la libertad no existe para todos sus componentes; dice D'Alberti que “la libertad del mercado es libertad de todos sus protagonistas, no sólo de las empresas”<sup>22</sup> y, completa su aporte Cassese, quien afirma que “mercado no quiere decir sólo productores (empresas) sino también consumidores y trabajadores”.<sup>23</sup> En la medida en que se ha desplazado del ámbito del derecho y ha crecido el espacio sin reglas, el mercado ha puesto en evidencia la clara preponderancia del sector empresario, que es el más fuerte; lo cuál es lógico porque fuera del derecho lo que hay es la ley de la selva.

De algún modo ya lo había anunciado uno de los autores que más animaron el proceso de desregulación y privatización de la economía argentina de la década de los '90, Gaspar Ariño Ortiz, quien afirmó que *hay que evitar, por nuestra parte, la locura liberal, la locura de los que piensan que el Estado puede ser suprimido (...) la cuestión que hay que responder es la siguiente: ¿como conseguir que los servicios funcionen —los transportes, las escuelas, los hospitales, el suministro de agua, gas y electricidad, los teléfonos, el correo, las universidades, la asistencia a los ancianos, y tantas otras actividades sobre las que descansa la vida de las gentes— sin necesidad de crear un inmenso aparato burocrático que acabe asfixiando al ciudadano? Y esta otra: ¿cómo puede ordenarse ese conjunto de actividades básicas de una sociedad —el sistema bancario, la bolsa, los seguros, el sistema energético, las telecomunicaciones, la política de suelo y*

<sup>(21)</sup> Javier Tajadura Tejada. “Los principios constitucionales ante el desafío de la globalización” En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Lima: n° 16/2008, año 9, 2008, p. 54. Señala cómo existe una incompatibilidad entre la lógica de la política y la lógica de la vida económica, la primera de los valores y la segunda del cálculo y de la ganancia.

<sup>(22)</sup> Marco D'Alberti. *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 144.

<sup>(23)</sup> Sabino Cassese en la discusión realizada en Roma el 8 de abril de 2008 publicada bajo el título “Globalizzazione e Diritto Pubblico dell'economia (Discussione sul libro di Marco D'Alberti, 'Poteri pubblici, mercati e globalizzazione')” En: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n° 3. Roma: MvltA Pavcis AG, 2008. p. 855.

*vivienda y otros sectores llamados estratégicos — de forma que el ciudadano vea protegidos sus intereses, frente a los grandes operadores de estos sectores, sin que el poder político ejerza, sobre unos y sobre otros, esa especie de señorío feudal que hoy ostenta? Este es el desafío: la vuelta del Estado y el respeto a la libertad, única garantía de prosperidad.*<sup>24</sup>

Partiendo de esa situación, observamos cómo en estos tiempos de crisis se estaría produciendo, de un modo claramente perceptible, un quiebre de esos conceptos en el terreno político económico social que nos obliga a revisar aquellos pilares sobre los que se han asentado últimamente algunos de los institutos del Derecho Público de la Economía. Esto es así porque, con motivo de la crisis, se comprueba, evidentemente, un fuerte impacto en la relación entre el estado y la economía.

## 2. El retorno del Estado

La realidad nos muestra, por una parte, cómo el estado ha regresado súbitamente a cumplir un rol protagónico en el mundo de las relaciones económicas, mientras que, por otra parte, se ha conformado un complejo de problemas que requieren de respuestas normativas que rebasan y superan el marco de las posibilidades de los estados naciones, y de sus constituciones individuales. Es decir, el retorno del estado se produce precisamente cuando los problemas que debe encarar han tomado un tamaño y un perfil que ya no puede resolver él solo, ni alguno de ellos, en forma individual, aunque —sin dudas— haya muchos intentos de hacerlo.

Este año 2009 nos encuentra con que al estado se lo ha convocado a cumplir el rol de “salvador” de los mercados mediante su decidida intervención directa en esa economía desordenada y al borde de un derrumbe como consecuencia de los severos defectos de un sistema de control incapaz e ineficiente en relación a la magnitud del interés público comprometido. Se ha afirmado que “después de sufrir las consecuencias del descontrol, valoramos nuevamente una mínima dosis de control”.<sup>25</sup>

La crisis, y los testimonios que ella ha provocado entre la dirigencia política de los países más importantes, nos han puesto en evidencia algunos datos que debemos tener en cuenta para nuestro análisis:

- a. El mercado estaría necesitado de reglas jurídicas que garanticen que el interés público no se vea afectado, incluso, por sus propios com-

---

<sup>(24)</sup> Gaspar Ariño Ortiz. “¿Hacia dónde va el Estado? Estado, mercado e iniciativa privada en un mundo en transformación”. En: *RAP*, n° 230, noviembre de 1997, p. 6, el subrayado es del autor.

<sup>(25)</sup> Guillermo Olivito. “Dolores de parto” En: *La Nación*, edición del 7 de abril de 2009, p. 15.

portamientos; se ha afirmado que “necesitamos nuevas reglas para este orden global (...) el mercado no ha funcionado en el interés público y eso se puede *mejorar*”;<sup>26</sup>

- b. consecuentemente, si ello es así, podemos afirmar que ha fracasado la pretensión optimista de “autorregulación” de esos mismos mercados;
- c. si el mercado necesita de límites y de normas, si exige “un marco supervisor y regulador más fuerte”,<sup>27</sup> el mismo debe provenir de autoridades que contemplen el interés público desde una posición independiente e imparcial por encima de ese mercado;
- d. las normas que es necesario introducir deben responder a otra lógica distinta a aquella que inspiran los comportamientos estrictamente económicos; debe tratarse de normas que encarnen otros valores no económicos, pero que tengan fuerte influencia en los indicadores de tal carácter, como la protección de los trabajadores, de los usuarios, de los consumidores, de los ahorristas, del ambiente sano y equilibrado, de la igualdad material y de oportunidades, etc.
- e. que es necesario que esa autoridad surja de, y repose en, acuerdos de carácter supraestatal; las que hoy existen necesitan de reformulaciones que garanticen que su poder de control pueda ser creíble y que están en condiciones de someter a esa supervisión a todos los países y a todos los intereses globalizados, y no sólo a algunos como ha venido ocurriendo;
- f. para establecer un marco supervisor y regulador fuerte también es imprescindible la presencia de instituciones públicas de carácter local y de las organizaciones públicas no gubernamentales de naturaleza infraestatal; está demostrado que ha sido mucho más eficiente el control y el freno establecido desde los municipios sobre las empresas multinacionales que desde un estado Nacional que ha debilitado, cuando no desmantelado, sus mecanismos de control tanto sobre el sector público como sobre el privado;
- g. esos acuerdos deberían reflejarse en procedimientos y normas consensuados de igual carácter que tornen en eficiente, y —a la vez— controlable, también la acción de este mismo estado ahora protagonista;
- h. y esa autoridad no podría ser ejercida, ni las normas establecidas, por un solo estado, ni siquiera estaría en condiciones efectivas de hacerlo el más poderoso;<sup>28</sup> “es la primera vez que países ricos y emergentes

---

<sup>(26)</sup> Declaración del Primer Ministro de Gran Bretaña Gordon Brown en Viña del Mar, Chile, el 26 de marzo de 2009.

<sup>(27)</sup> Cláusula nº 13 del *Acuerdo del G-20*.

<sup>(28)</sup> Desde el análisis más pesimista, que descarta tanto al G-20 como al G-8 por inútiles, Niall Ferguson —docente de la escuela de negocios de Harvard—, desde el Foro Económico Mundial de Davos 2009, propone un “G-2” entre China y Estados Unidos de Norteamérica, dados sus respectivos caracteres de máximo acreedor y máximo deudor del mundo, respectivamente. Ver: diario *Corriere della Sera* del 31 de enero de 2009, p. 6.

están en igualdad de condiciones (...) es la primera reunión en la que no se nos ha tratado como si no supiéramos nada..." (pues) "...nadie tiene certeza de lo que se ha de hacer";<sup>29</sup>

- i. consecuentemente con lo expuesto, sería también imprescindible que dichas medidas posean carácter ínter estatal, pues las respuestas individuales de los estados parecen estar condenadas al fracaso.<sup>30</sup>

### 3. El fracaso de la "autorregulación" y la necesidad de límites y de autoridad

Hace casi dos décadas, cuando se iniciaba entre nosotros el proceso de liberalización de la economía, afirmaba el ya mencionado autor español, Ariño Ortiz, que "son las propias empresas las primeras interesadas en su autocontrol. Son éstas las que deben decidir sobre cuestiones tales como sus planes de inversión (...) ampliaciones de capital, emisiones de títulos de renta fija, operaciones de crédito en el mercado de capitales, etc."<sup>31</sup>

Evidentemente, a la luz de los resultados, el consejo era erróneo. Las empresas no solo no se han autorregulado sino que, además, han llevado a cabo acciones descontroladas que han perjudicado severamente no sólo al sistema financiero internacional, sino también a sus propios accionistas en beneficio de sus administradores coyunturales.

La frustración de la ilusa pretensión de "autorregulación" por parte del mercado ha traído nuevamente a los estados al escenario de la economía con un grado de protagonismo que ahora difícilmente abandonen de un modo incondicional. "El paradigma de los mercados autorregulados que se corrigen por sí solos ha fallado. Hace falta supervisión y regulación para prevenir que se desarrollen activos burbuja".<sup>32</sup>

Se hizo caso omiso a las advertencias de la doctrina que recomendó acertadamente que "debe prevalecer un Estado que, sin negar ni obstruir el mercado, haga viable una re-regulación del mismo (pragmática, local y antiburocrática), vigilante, a la vez que atenta, a la complejidad,

---

<sup>(29)</sup> Declaraciones del presidente del Brasil, Lula da Silva, en la reunión del "G-20" en Londres del 2 de abril de 2009.

<sup>(30)</sup> Esto puede comprobarse con sólo observar en este comienzo de 2009 las fuertes críticas a la adopción de medidas proteccionistas por parte de algunos de los países del "primer mundo".

<sup>(31)</sup> Gaspar Ariño Ortiz. "Servicio público y libertad de empresa. La delegación del gobierno en el sistema eléctrico" En: Jaime Aguilar Fernández-Hontoria. *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*. Madrid: Civitas, 1989. p. 96.

<sup>(32)</sup> George Soros, Foro Económico Mundial de Davos 2009, 29 de enero de 2009. En igual sentido la declaración de Alan Greenspan, director de la Reserva Federal durante toda la década de los noventa y de ésta hasta enero de 2006, ante el "House Committee on Oversight and Government Reform" del Senado de los Estados Unidos de Norteamérica del martes 21 de octubre de 2008 donde reconoce parcialmente sus errores y —fundamentalmente— al haber depositado su fe en la capacidad de autorregulación de los mercados.

sofisticación e incertidumbre de la operatoria mercadista”.<sup>33</sup> Pues ha quedado en evidencia que el mercado no es capaz por si solo, ni de acuerdo a alguna de sus reglas de funcionamiento, de producir sus propios límites. Por el contrario, se ha comprobado que es su tendencia natural la de romper los cauces —incluso— de sus propias reglas.

Algunos autores, como Ángel Rojo, adelantaron ya que el capitalismo había perdido su rumbo ético debido al relajamiento de sus actitudes cuando, tras el derrumbe del socialismo, se sintió dispensado de sujetar su oferta a principios rígidos de comportamiento que aseguraran su triunfo en la opción.<sup>34</sup> No es de extrañar, entonces, no solo la incapacidad de los mercados para el control de sus propios actos sino también su fuerte resistencia a toda regulación en tal sentido.

#### 4. La definición del espacio del principio de subsidiariedad del estado

La crisis pone en evidencia también el fracaso de un modo de percibir el principio de subsidiariedad del estado en la economía.

Pedro J. Frías expresa que “el principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales”<sup>35</sup> y se ve completado por Alberto Sánchez al decir “si el bien común es la meta del Estado, la autoridad su herramienta y la solidaridad su camino, el principio de subsidiariedad es su límite”.<sup>36</sup> A ellos sumamos la prédica de Juan Pablo II quien ha precisado que “con su doctrina social la Iglesia ofrece una valiosa contribución a la problemática que presenta la actual economía globalizada. Su visión moral en esta

<sup>(33)</sup> Mario Bonfanti. “Apuntes para una cuestión enigmática: la relación derecho-economía” En: *Jurisprudencia Argentina*, octubre 7 de 1998, p. 14.

<sup>(34)</sup> Ángel Rojo. “Las enseñanzas de los escándalos económicos”. En: (revista) *La Ley*, 25 de septiembre de 2006, p. 1. El autor escribe con motivo de la crisis financiera desatada por las grandes defraudaciones ocurridas en EEUU y Europa en esos tiempos (caso “Enron” etc.). Se trata de un artículo de extraordinaria riqueza de análisis y de gran utilidad para la comprensión de los acontecimientos que nos rodean en estos días.

<sup>(35)</sup> Pedro J. Frías. “La recepción en el derecho provincial” En: *Academia Nacional de Ciencias Económicas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional (1989-1991)*. Buenos Aires: 1994, p. 29. Compartimos el criterio de José M. de Areilza Carvajal en el sentido de que la formulación de que “la unidad mayor no debe hacer lo que la unidad menor hace mejor, es ciertamente ambigua”. Ver: “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, n° 45, Septiembre-diciembre de 1995. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 53.

<sup>(36)</sup> Alberto M. Sánchez. “Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad” En: *RDA* n° 18 de enero-abril de 1995. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 93. El trabajo del autor constituye una referencia y un análisis del pensamiento de la Iglesia Católica de sumo valor para quienes compartimos dichos principios. En el mismo sentido Luis R. Pérez Sánchez. “Servicio público. Técnica de protección al usuario” En: *Cuadernos de la Universidad Austral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 53.

materia se apoya en las tres piedras angulares fundamentales de la *dignidad humana*, la *solidaridad* y la *subsidiariedad*".<sup>37</sup>

El principio de subsidiariedad juega como límite doble: uno para el Estado, y así evitar que éste ahogue la iniciativa privada y de los grupos sociales; otro para el mercado, y así evitar que éste funcione sin reglas que preserven el interés público y la salud de su propio funcionamiento. Esta posición tiene manifestación normativa en la constitución de la provincia de Tierra del Fuego donde se establece que "el Estado provincial se abstendrá de intervenir en la actividad privada, comercial o industrial, hasta donde ello sea compatible con el bienestar general de la población, a la que defenderá de todo tipo de abuso de poder económico".<sup>38</sup>

Por ello es que tampoco es posible esperar del mercado que sea él quien determine qué es lo que no puede llevar a cabo para definir así el espacio de operación estatal por aplicación del principio de subsidiariedad. Son los organismos e instituciones que representan el interés público quienes deben asumir esa definición; pues se trata de una precisión de sustancia política y social y no de naturaleza económica.

La crisis ha demostrado que no puede ser el mercado el que defina los espacios que surgen del principio de subsidiariedad.<sup>39</sup> Sólo una concepción errónea del mismo, que identifica subsidiariedad con supletoriedad, puede llevar a ese resultado nefasto que le permite a los intereses globalizados destruir y eludir los controles para, con su propio accionar, derrumbar el soporte jurídico político que sostiene al mismo sistema del mercado.

Ya se había anticipado, entre nosotros, respecto del cúmulo de normas dictadas como soporte de la liberalización de la economía a principios de la década de los '90, que *las medidas no tuvieron el efecto deseado de crear el mercado ideal (competitivo, transparente, etc.) que establece la teoría, como el medio para condicionar decisiones empresarias en un sentido eficiente y dinámico (...)* La estrategia aplicada no evitó la consolidación de un sistema relativamente perverso por sus condiciones más obvias: oligopólico en la mayoría de los casos (de modo que no asegura presiones para inducir a la eficiencia por vía normal del mercado competitivo); asociaciones de grupos de control donde surgen incompatibilidades entre los intereses de algunos socios y los de la empresa vendida; costos para los usuarios (que abonan tarifas que les aseguran beneficios a los proveedores); costos para el erario público (que es consumidor de esos mismos servicios); generación de demandas de remesa de utilidades al exterior (que afecta tendencias de largo plazo en la balanza de pagos) etc.<sup>40</sup>

<sup>(37)</sup> Juan Pablo II. *Ecclesia in América Exhortación Apostólica post-sinodal sobre el encuentro con Jesucristo vivo, camino para la conversión, la comunión y la solidaridad en América*. Buenos Aires: Paulinas, 1999. p. 86.

<sup>(38)</sup> Se trata del art. 65º cuyo título reza: "Función subsidiaria del Estado provincial".

<sup>(39)</sup> Formulado de distinto modo pero en igual sentido. Ver: Alejandro Nieto. ob. cit., p. 29.

<sup>(40)</sup> Jorge Schvartzter. *Implantación de un modelo económico. La experiencia argentina entre 1975 y el 2000*. Buenos Aires: A-Z Editora, 1998. p. 137.

Ahora bien, convocado por esos mismos mercados, que lucharon por su exclusión, hoy el estado debe concurrir a “salvarlos” de las consecuencias previsibles y necesarias de sus propias inconductas y abusos. Claro que esos mismos estados son los que se “creyeron” la predica engañosa que indicaba que era el mismo mercado el que se iba a autocontrolar.

Podemos concluir esta reflexión haciendo notar que ese estado que ha irrumpido en el campo económico no podría retirarse incondicionalmente ahora cuando se ha puesto en evidencia que el interés público de la comunidad no puede quedar en manos del —muy poco— libre juego de la oferta y la demanda <sup>41</sup> sin sujeción a “un marco supervisor y regulador más fuerte”. Con razón se ha dicho en estos días que “la idea de la omnipotencia del mercado que no debía ser alterado por ninguna regla, por ninguna intervención pública; esa idea de la omnipotencia del mercado era descabellada”.<sup>42</sup>

## 5. El rol del estado en la coyuntura y después

Los estados han concurrido con una intensidad y un volumen monetario jamás visto, sin duda, a defender los mercados fundándose en el interés general, ya que es el único título habilitante posible para su intervención; <sup>43</sup> y es por ello que, ya no podrían replegarse, al menos, sin antes establecer algunas pautas claras de “supervisión y regulación” y definir algunos alcances de su intervención ya admitida con anterioridad pero ahora visualizada desde una nueva óptica. En otras palabras, pareciera haber consenso acerca de que los estados deberían establecer los mecanismos necesarios para evitar una recurrencia de la crisis mediante un sostenimiento de parámetros objetivos y externos al mercado; y para ello es necesario autoridad y normas de organización y procedimiento.

El sector público, y todo lo que éste implica, ha pagado con largos años de penitencia su fracaso por ineficiente y —en muchos casos— por corrupto puesto en evidencia en los ochenta y noventa del siglo pasado. Hoy ha fracasado también la fórmula extrema contrapuesta que pretendió sustituir todo lo público por un pretendido equilibrio que deberían producir teóricamente, las fuerzas de ese mercado “infalible”. Ha quedado claro que no es razonable pensar que una suma de éxitos individuales o

---

<sup>(41)</sup> Es oportuno recordar el art. 1º del Dec. 2284/91, de “Desregulación de la economía” que ordenaba la eliminación de toda interferencia en el juego libre y espontáneo de la oferta y la demanda como regla general de comportamiento normativo.

<sup>(42)</sup> Discurso de Nicolás Sarkozy del 25 de septiembre de 2008, en Toulón, Francia.

<sup>(43)</sup> Afirmaciones del Dr. Antonio Embid Irujo en su clase magistral impartida con motivo de la entrega de su Doctorado Honoris Causa el 27 de noviembre de 2008 en la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.



corporativos provocará necesariamente como resultado el equilibrio de fuerzas y el bienestar general de la comunidad. También ha quedado demostrado que el éxito pasajero de la empresa no lo es de sus accionistas, ni el progreso espectacular de sus administradores indica en modo alguno el de la empresa que ellos mismos administran.

Podríamos afirmar que en esta hora, entonces, se hace imprescindible traer un nuevo protagonismo del estado, pero de un estado también nuevo, no de aquél viejo, ni cualquiera de sus fórmulas que ya fracasaron ostensiblemente entre nosotros a fines de los '80.

Por ello, a la vez que límites, normas y controles eficientes al mercado también deberán establecerse límites, normas y controles eficientes al accionar de ese nuevo estado ahora protagonista. Máxime cuando es público y notorio que nuestro país aun permanece entre los más corruptos del mundo sosteniendo el 105º puesto mundial —según *Transparency International*—, lo cuál constituye hoy el problema estructural más grave e importante de nuestro presente. No es posible pensar en un estado que traiga orden y control si no está él mismo —a su vez— ordenado y controlado.

De ningún modo creemos estar ante el fin de la economía de mercado,<sup>44</sup> por el contrario, los esfuerzos empeñados para su salvataje son indicativos de su buena salud como pauta cultural de asignación de recursos a nivel global. La primera norma suscrita por el G-20 en noviembre de 2008, en plena crisis, en Washington, y luego reiterada en el *Acuerdo del G-20* en abril de 2009, es la confirmación expresa de adhesión a los principios del libre mercado; en ese sentido va la reafirmación de la Ronda de Doha en materia de libre comercio.<sup>45</sup>

Pero es también evidente que el resultado de la crisis y el objeto de este compromiso exigen tener por sujetos a un nuevo estado y a otro mercado; ambos sometidos a reglas jurídicas<sup>46</sup> verificables y controlables.

Estamos convencidos de que nos encontramos ante la presencia de un principio de reconstrucción del rol de los estados en la defensa del interés público que no sólo no significa la destrucción del sistema de mercado sino que viene exigida obligadamente para la subsistencia de ese mismo sistema. Esto es así porque ha quedado evidenciada la necesidad de un mercado que se encuadre dentro de los parámetros constitucionales en tanto y en cuanto que espacio jurídico cultural y humano;<sup>47</sup> porque el mercado es

<sup>(44)</sup> El primer postulado suscrito por el G-20, en su reunión de Washington de noviembre de 2008, con motivo de la crisis, se propone la confirmación de la libertad de mercado.

<sup>(45)</sup> Cláusula nº 23 del *Acuerdo del G-20*.

<sup>(46)</sup> En su nota *Así saldremos de la emergencia* del 23 de marzo de 2009 dice Barak Obama: “todos los mercados deben disponer de estándares de estabilidad y mecanismos de vigilancia. Una fuerte estructura de reglas para el capital nos protegerá de futuras crisis”.

<sup>(47)</sup> Peter Häberle. *El Estado constitucional*. (Estudio introductorio de Diego Valadés; trad. de Héctor Fix-Fierro) Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 81.

una noción ligada a la de estado y porque su existencia no puede realizarse fuera del área protegida de la ley.<sup>48</sup>

No obstante lo dicho, a nadie escapará la necesidad de una nueva formulación de las actividades estatales y públicas, tan desprestigiadas por su ineficiencia, primero, y por la prédica del neoliberalismo de las últimas dos décadas, después. Es imperioso reconstruir también a ese sector público, que había fracasado con sus instrumentos de intervención y limitación de las espontaneidades del mercado, y que es hoy el que aparece llamado a salvar precisamente a esos mismos mercados que no supieron contener los instrumentos que evitaran las monumentales trampas y defraudaciones que han amenazado con provocar la destrucción del sistema a nivel global.<sup>49</sup>

La reformulación que es necesario producir debe colocar al estado protagonista muy lejos, tanto de aquel modelo ineficiente y corrupto, que se derrumbó en los '90, como del otro que sobrevino, también corrupto, que aplaudió y patrocinó la omisión, la abstención y la prescindencia, asumiendo inaceptables índices de desocupación y marginación social que alertaban desesperadamente sobre el fracaso del modelo que se pretendía instaurar.

Esta reubicación del rol es absolutamente necesaria, en especial, en estos tiempos en que en el mundo de los países en desarrollo, donde se enrola nuestro país, hemos descubierto la falacia de que el crecimiento económico va acompañado necesariamente de la disminución de la pobreza; de que el axioma de "primero ricos para después ser justos"<sup>50</sup> constituyó también una excepción dilatoria de proporciones extraordinarias; y de que la magnífica eficiencia de los mercados globalizados podría permitir algún "derrame" que, en beneficio de los menos favorecidos, produjera soluciones sociales por su sola existencia. Debemos volver al sendero que nos señala que "hoy por hoy se habla esencialmente de desarrollo humano como el indicador fundamental de la gestión pública gubernamental".<sup>51</sup>

Debe quedar claramente establecido que ese estado, a quien le compete hoy la ardua tarea de una nueva planificación económica, implica asumir que, para hacer "*presencia activa*" en el sector de la economía para encauzar y corregir al mercado, a la competencia, a la oferta y a la demanda, todo ello

---

(48) Sabino Cassese. "Stato e mercato dopo privatizzazione e deregulation" En: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991. p. 379.

(49) Se reconoce expresamente en la Cláusula nº 13 del *Acuerdo del G-20* que "Las grandes fallas en el sector financiero y en la regulación y supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis".

(50) Axioma sobre el que insistido reiteradamente por el profesor Pedro José Frías en sus exposiciones y conferencias en esos mismos tiempos.

(51) Miguel Hernández Terán. *Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo*. Guayaquil: s.e., 2005. p. 10.

con el fin de que las políticas sociales y el programa socio económico de la constitución —incluidos los derechos— no se frustren”,<sup>52</sup> debe concurrir bajo estrictas normas de regulación y de control eficientes.

Mal podemos exigir al mercado su sometimiento al ordenamiento jurídico si ese mensaje no proviene claramente desde un estado sometido sin reservas ni subterfugios, también, al ordenamiento jurídico, en otras palabras, desde un estado de derecho, ni más ni menos.

#### IV. RESPUESTAS E INSTITUTOS DE CARÁCTER GLOBAL

Ahora bien, hoy, esa regulación y supervisión fuertes, ese espacio constitucional de contención normativa del mercado, ya no puede ser sólo estatal sino que debe ser necesariamente supraestatal y también infraestatal.

Las respuestas jurídicas individuales o grupales de los estados sólo han provocado la existencia de un verdadero “mercado de legislaciones” donde los intereses globalizados seleccionan aquellos ámbitos jurídicos estatales más benévolos, generalmente los más débiles —que suelen ser los más corruptos—, para desarrollar allí sus estrategias empresarias que les permite contrarrestar y distorsionar aquellos espacios más regulados. Paraísos fiscales, condiciones laborales rayanas con la esclavitud, ausencia absoluta de protección previsional, el otorgamiento de subsidios directos, la garantía de “no-control” de carácter público sobre agresiones al medio ambiente, ausencia de sindicatos de obreros, etc. son todas condiciones “ventajosas” que puede ofrecer hoy un sistema legislativo de tal modo de atraer las inversiones del mercado global.

En general, la oferta en el “mercado de las legislaciones” se caracteriza por postergar en diversos grados todos aquellos valores no económicos que se vinculan estrechamente con el interés de sus poblaciones; por eso es que, normalmente, se trata de regímenes caracterizados por su corrupción política, por la ausencia de controles del poder, por la ineficiencia de su equilibrio de poderes, en definitiva, por su autoritarismo.

Tal vez Europa perciba con perfiles distintos la cuestión internacional a como la enfrentamos los ciudadanos de la América hispana; el entrenamiento y la práctica sobre soluciones ínter estatales y la vigencia de un severo marco institucional y normativo supraestatal vigente hoy en el viejo mundo, la colocan en una considerable ventaja a la hora de elaborar respuestas a problemas “globalizados”, especialmente si se trata de hacer prevalecer algunas pautas de valor no económico. Claro está, en esta hora

---

<sup>(52)</sup> Bidart Campos. “El constitucionalismo social (esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)” En: Germán J. Bidart Campos (coordinador) *Economía, Constitución y Derechos Sociales*. Buenos Aires: Ediar, 1997. p. 183. El subrayado es del autor.

esa ventaja será realidad siempre que pueda superar en sus proyecciones el marco hoy demasiado estrecho de la Unión Europea compuesta por un conjunto de sólo veintisiete países.<sup>53</sup>

La respuesta jurídica de naturaleza supra o ínter-estatal se impone como contestación acorde dentro de la realidad globalizada. A los mercados globalizados no se les ha presentado propuesta ni marco jurídico de control y contención de igual carácter.

Conviene aclarar a esta altura que somos conscientes del uso indistinto, como si fueran términos equivalentes, que hacemos de los términos “global”, “internacional” y “mundial”; no es hoy nuestro objetivo establecer una distinción que, seguramente, no sería inútil realizar.

De nada vale lamentarse de la globalización o tratarla como enemiga y “resistirse” a ella; mucho menos útil es elaborar estrategias “anti” globalización. Pues la globalización es un hecho que no se discute. La asumimos con los instrumentos adecuados — también globalizados — o ella nos aplasta; pues se ha producido la colisión con el sistema jurídico ya anunciada por quienes analizaron el fenómeno desde sus orígenes.

Afirmaba el maestro Alberto Antonio Spota a principios de los '90 que *la globalización en cierta forma, pero siempre con gran importancia y trascendencia, arremete y en los hechos desintegra la concentración de poder que significan tanto los estados naciones como las propias comunidades económicas o políticas; por ello lo característico será la negativa con mayor o menor éxito de las franjas de poder globalizadas a sujetarse al plexo legislativo de estado naciones o de comunidades económicas. Allí radicará y ya radica el centro o lugar de colisión.*<sup>54</sup>

En igual sentido, afirma Stiglitz, que *ha predominado una visión concreta del papel del Estado y los mercados, una visión que no es universalmente aceptada en los países desarrollados pero que es impuesta en los países subdesarrollados y las economías en transición; señala también que no podemos anular la globalización; está aquí para quedarse. La cuestión es cómo hacerla funcionar.*<sup>55</sup>

Por ello el rol esperable de los estados, aun de los más fuertes — como Estados Unidos de Norteamérica, China o los líderes europeos —, sería el de promover la elaboración consensuada, en conjunto con los otros países interesados, de esas respuestas globalizadas de control y defensa del interés público de naturaleza internacional a través de un sistema que asegure el sometimiento de los mercados a la constitucionalidad, a la normativa

---

<sup>(53)</sup> Señala D'Alberty cómo los servicios de relevancia social, el orden público, la tutela de la salud, la protección del ambiente, hechos valer por los estados como limitaciones al mercado libre, son tutelados sólo en mínima parte del mundo (*Poteri pubblici...*, ob. cit., p. 145).

<sup>(54)</sup> Alberto Antonio Spota. “Globalización, integración y Derecho Constitucional” En: (revista) *La Ley*, tomo 1999-A. pp. 912 y 913.

<sup>(55)</sup> Joseph E. Stiglitz. *El malestar en la globalización*. Buenos Aires: Taurus-Alfaguara, 2002. pp. 309 y sgts.

jurídica que guía no los intereses de un estado en particular sino de la comunidad internacional de la que todos somos partícipes.

## 1. El Acuerdo del “G-20” en Londres

En ese rumbo pareciera pretender encausarse la ya mencionada actividad del denominado G-20 que en sus reuniones de noviembre de 2008 y de abril de 2009 ha conformado grupos de trabajo para elaborar respuestas en orden a un nuevo diseño del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de la regulación y transparencia de la actividad financiera y de la cooperación internacional y supervisión de los mercados financieros. Han coincidido los países miembros del G-20 en que “un nuevo orden global está emergiendo (...) en esta era global nuestra prosperidad es indivisible (...) son necesarias soluciones globales a los problemas globales”.<sup>56</sup>

Lo expuesto nos lleva a pensar que podrían producirse fuertes modificaciones en otro de los planteos básicos del Derecho Público de la Economía, sobre todo en los sujetos y en las normas que sustentan las relaciones jurídicas del gobierno con los agentes económicos. Podemos afirmar que, inevitablemente, se verá incrementada la carga de contenidos internacionales —fruto de compromisos que también lo son— en el marco normativo objeto de la disciplina. No sólo estará caracterizada, con mayor presencia que la demostrada hasta hoy, por elementos de derechos Constitucional, Administrativo, financiero, tributario, etc. sino, ahora más específicamente, por normas regulatorias e instituciones de derecho Internacional en general, y de Derecho Administrativo internacional, en especial.

Si bien ya existe un desarrollo notable de organismos internacionales y de normas de ese carácter que constituyen una verdadera “globalización jurídica” pero que “es inadecuada para tener bajo control a la globalización económica, que así disfruta de la ‘zona franca’ de la regulación”,<sup>57</sup> pues ha demostrado ser insuficiente, o deficiente,<sup>58</sup> para enfrentar a los intereses globalizados y someter a ese mercado deformado a normas, procedimientos y controles efectivos que garanticen el interés público internacional. Quizás, como señala Cassese, es porque son todos organismos sectoriales y, por ello, establecen controles fragmentados.

Es más, es importante distinguir calidad de cantidad cuando se trata de regulación económica. Existen sectores que cuentan con excesiva

<sup>(56)</sup> Declaraciones del primer ministro de Gran Bretaña en la clausura de la reunión del “G-20” en Londres el 2/4/2009, anunciando el contenido expreso de las cláusulas n° 2 y 3 del Acuerdo alcanzado en esa oportunidad.

<sup>(57)</sup> Sabino Cassese. “La nuova costituzione economica” En: *La nuova costituzione economica* (a cura di Sabino Cassese). Bari: Editori Laterza, 4ª edizione aggiornata, 2007. pp. 292 y 294.

<sup>(58)</sup> D’Alberty. *Il Diritto Amministrativo...*, ob. cit. p. 51.

regulación, no siempre justificada, mientras que otros reclaman urgente sometimiento a algunas reglas esenciales que guíen su funcionamiento, se ha dicho que “la globalización exige también una uniformidad de regulación”<sup>59</sup> aunque, podríamos decir que más que uniformidad lo que hace falta es coherencia.

*a) Intento de respuesta de carácter global y de naturaleza jurídica*

Sobre la base de la expresa afirmación (cláusula nº 2) de que “una crisis global exige una solución global” y de que “la prosperidad es indivisible” (cláusula nº 3), el *Acuerdo del G-20* se propone como tarea conjunta del grupo “reparar el sistema financiero (...) reforzar la regulación financiera (...) reformar nuestras instituciones financieras internacionales” (cláusula nº 4); y también tomar “medidas para crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente para el futuro sector financiero” (cláusula nº 13); además se proponen “establecer una mayor coherencia y una cooperación sistemática entre países” (cláusula nº 14); afirman sus miembros estar decididos a “reformar y modernizar las instituciones financieras internacionales” modificando “sus competencias, su alcance y su gestión” asegurando que se tomarán los recaudos para que “las economías emergentes y en vías de desarrollo, incluso las más desfavorecidas, tengan más voz y representación” (cláusula nº 20).

El *Acuerdo* menciona aquí normas, controles e instituciones que podrían constituir el aspecto jurídico esencial de la respuesta y su carácter global.

*b) Reafirmación de los principios del mercado como base de la economía.*

Reviste particular importancia la profesión de fe en el mercado que se acuerda expresamente en la cláusula nº 3: “El único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente es una economía basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes”. En ese marco se propone “alcanzar un conjunto de normas contables mundiales de alta calidad” y también “ampliar la supervisión y el registro regulador a las Agencias de Calificación de Crédito para garantizar que cumplen el código internacional de buenas prácticas” (cláusula nº 15).

Esta afirmación de mercado sujeto a reglas e instituciones que las apliquen y hagan cumplir podría ser el punto de ruptura con los antecedentes de liberalización basada en la confianza excesiva puesta en la autorregulación y en la infalibilidad de los mercados propia del neoliberalismo.

---

<sup>(59)</sup> Antonio Marzano, en la ya mencionada discusión *Globalizzazione e Diritto Pubblico...*, p. 852.

*c) Intento de respuesta institucional*

En lo que se refiere a esas instituciones “globales fuertes” los integrantes del G-20 mediante el *Acuerdo* se proponen instar al mismo Fondo Monetario Internacional (FMI) a “evaluar periódicamente las acciones emprendidas y las acciones globales necesarias” (cláusula n° 10); para ello, señalan, “apoyaremos, ahora y en el futuro, la supervisión sincera, equilibrada e independiente por parte del FMI de nuestras economías y nuestros sistemas financieros, de las repercusiones de nuestras políticas para los demás y de los riesgos a los que se enfrenta la economía global” (cláusula n° 12).

Además, se acuerda la creación del Consejo de Estabilidad Financiera, que deberá colaborar con el FMI en la advertencia y medidas a tomar frente a riesgos globales (cláusula n° 15); y también se comprometen a implementar las reformas en el Banco Mundial ya acordadas en octubre de 2008 (cláusula n° 20). Estos organismos internacionales deberán contar con directores y cúpulas directivas que “deberán ser elegidos a través de un proceso de selección abierto, transparente y basado en méritos” (cláusula n° 20).

Como se observa, podría decirse que, en general, las medidas propuestas en materia de instituciones “globales fuertes” por ahora están en proyecto y no pasan de promesas de reformas a organismos que ya existen y sobre los que la experiencia no ha sido buena. Ha señalado D’Alberti cómo “la mejor literatura económica ha subrayado que importantes organismos internacionales encargados de la disciplina de los mercados — como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio — anteponen los intereses de las grandes empresas, de la *business community*, a otros valores de primera relevancia, como la protección del ambiente, la tutela de la salud, las garantías sindicales”.<sup>60</sup>

El intento de respuesta podría ser insuficiente por cuanto una vez identificada la causa de la crisis y colocada toda la responsabilidad por el acaecimiento de la misma sobre la mala regulación y la defectuosa vigilancia de los operadores financieros y de los calificadores de riesgos y entidades internacionales, se confía en los mismos agentes prometiendo reformas en sus pautas de dirección y funcionamiento. Consideramos que la decisión debería haber tenido mayor precisión y un cronograma muy preciso de operación para que la respuesta institucional estuviera acorde al grado de responsabilidad frente a la crisis.

*d) Apelación a otros organismos internacionales*

En el *Acuerdo* se apela también, calificándolas como otra de las organizaciones “globales fuertes”, a la Organización Mundial del Comercio para

<sup>(60)</sup> D’Alberti. *Il diritto...*, ob. cit. p. 51.

que “controle nuestra adherencia” a las promesas formuladas en el sentido de no tomar medidas de corte proteccionista y de abstenerse de levantar barreras a la inversión y al comercio con medidas que no sean consistentes con los contenidos acordados en el marco de la OMC (cláusula nº 22).

También se recurre a la ONU para que “establezca un mecanismo eficaz para supervisar el impacto de la crisis sobre los más pobres y vulnerables” (cláusula nº 25 *in fine*) y para que se lleve a cabo en su marco la realización de los compromisos asumidos en materia de “cambio climático”. Asimismo, solicita a la OIT que haga una valoración sobre las medidas tomadas, y a adoptar, en el marco de lo que se ha acordado como “políticas activas para el mercado laboral centradas en los más vulnerables” (cláusula nº 26).

*e) Objetivos y valores no económicos propuestos*

En el *Acuerdo* se pone en evidencia la necesidad de referenciar, en esta coyuntura, algunos valores de contenido no económico. Así se hace expresa mención de “el decoro, la integridad y la transparencia” como objetivos de la regulación y supervisión que se ha pactado fortalecer (cláusula nº 14); de la “responsabilidad social corporativa de todas las empresas” (cláusula nº 15); y, en general, pero específicamente, se acuerda “la conveniencia de un nuevo consenso global sobre valores esenciales y principios que fomentarán una actividad económica sostenible” (cláusula nº 21) en evidente proyecto de futura respuesta, de posible carácter derogatorio, del recordado “consenso de Washington”.

*f) Obligaciones individuales de los respectivos estados*

El *Acuerdo* también contiene obligaciones individuales de los países signatarios: expreso compromiso de abstención de aplicar devaluaciones competitivas de las respectivas monedas (cláusula nº 12); obligación de establecimiento de sistemas reguladores fuertes por cada uno de los países (cláusula nº 14); eliminación del secreto bancario (cláusula nº 15); no levantar barreras a la inversión o al comercio ni refugiarse en el proteccionismo financiero (cláusula nº 22); y a llevar a “una conclusión ambiciosa y equilibrada para la Ronda de Desarrollo de Doha, urgentemente necesaria” (cláusula nº 23).

La referencia expresa a la Ronda de Desarrollo de Doha, celebrada en noviembre de 2001, debe entenderse como remisión a su declaración formal donde se propuso “mantener el proceso de reforma y liberalización de las políticas comerciales” y a “rechazar todo recurso al proteccionismo” (punto 1), y también que “no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se



apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC" (punto 6).

Estos compromisos, suscritos por nuestro país podrían poner en conflicto la política interna frente a las recientes devaluaciones monetarias de nuestros países vecinos como Chile y, especialmente, el Brasil. En cuanto a las barreras proteccionistas cabría también analizar la posición de la Unión Europea que ha merecido numerosos reclamos de nuestro país en el marco de la OMC.

*g) Cláusulas de naturaleza económica*

El Acuerdo, finalmente, constituye una ratificación y continuación de la que ha sido la respuesta predilecta a la crisis: la distribución de sumas siderales provenientes de fondos públicos.

Las cláusulas n° 5 (capitalización del FMI con distintos mecanismos y sumas extraordinarias), n° 9 (atribución de U\$S un billón para la economía mundial a través del financiamiento del comercio), n° 17 (U\$S 850.000 millones a las entidades financieras internacionales), n° 19 (U\$S 250.000 millones en Derecho Especiales de Giro), n° 22 (U\$S 250.000 millones para los Bancos Multilaterales de Desarrollo) y n° 25 (U\$S 50.000 millones para protección social, impulsar el comercio y salvaguardar el desarrollo); todas asignan expresamente montos concretos a diversos destinos.

Por su parte, las cláusulas n° 6 (ampliación fiscal concertada), n° 7 (reducción de tasas de interés por los bancos), n° 8 (restablecimiento del flujo normal del crédito a través de los bancos), n° 11 (sostenibilidad fiscal y estabilidad de precios), n° 12 (abstención de devaluación de monedas), n° 18 (líneas de crédito flexible del FMI), n° 22 (abstención de barreras a la inversión y al comercio en el marco de la OMC) y n° 23 (estímulo como consecuencia de la conclusión de la Ronda de Doha) establecen otras medidas también de naturaleza estrictamente económica.

*h) Algunas reflexiones sobre el Acuerdo*

El *Acuerdo del G-20* nos permite vislumbrar una pequeña señal útil para nuestro irremediable optimismo en tanto y en cuanto pone en evidencia alguna preocupación por valores e instrumentos no económicos, éticos y jurídicos, en la medida en que coloca las causas de la crisis en ese terreno e intenta formular algunas promesas, de poca precisión, en el aspecto normativo e institucional.

Pero no podemos tener dudas acerca de la preponderancia que se pone sobre las medidas estrictamente económicas. El *Acuerdo* expresa la continuidad del, por ahora, fracasado método de distribución generosa de

sumas espectaculares como si la causa fuera una coyuntural falta de liquidez global y no la profunda desconfianza de los ahorristas e inversores en los controles y en los comportamientos de los empresarios a quienes han confiado, y que pretenden que les sigan confiando, sus ahorros.

Las medidas apuntadas a atacar los aspectos jurídicos que consideramos cruciales son en general genéricas, a nivel de proyecto y de promesa sin un cronograma ajustado y preciso de cumplimiento. Pareciera que han sido colocadas en un segundo puesto para tenerlas a mano en caso de fracaso, o de falta de respuesta positiva, a los mecanismos puramente económicos donde, evidentemente, se cifran todas las expectativas.

El *Acuerdo* presenta una incoherencia de grado de interés e importancia entre las causas que reconoce como generadoras de la crisis y la envergadura y precisión de las respuestas a la misma.

## 2. Problemas sociales globales, coyunturales y estructurales

En este plano internacional, global, se encuentra también, como ya lo dijimos, otra situación cuya gravedad es mayor que la que presentan los mercados financieros, y que consiste en la atención a los grandes grupos humanos de excluidos de la satisfacción de los bienes mínimos para una vida digna. Situaciones socio económicas que responden a causas coyunturales producidas por la crisis en curso y también por causas estructurales presentes desde hace muchos años en nuestro planeta.

El *Acuerdo del G-20* refleja la conciencia de sus miembros sobre la existencia de esta situación en forma expresa cuando manifiestan que “reconocemos que la crisis actual tiene un impacto desproporcionado para los más vulnerables en los países más pobres y reconocemos nuestra responsabilidad colectiva para mitigar el impacto social de la crisis y minimizar los daños a largo plazo que pueda sufrir el mundo”;<sup>61</sup> y, más adelante, reiteran que “reconocemos la dimensión humana que tiene la crisis. Nos comprometemos a apoyar a aquellos afectados por la crisis mediante la creación de oportunidades de empleo y mediante medidas de apoyo a los *ingresos*”.<sup>62</sup>

Sólo queda por evitar, entonces, la “falta de coherencia global en la toma de decisiones” que ha puesto en evidencia Sergio Salinas Alcega en su análisis sobre la condicionalidad social del comercio internacional.<sup>63</sup> Y,

---

<sup>(61)</sup> Cláusula nº 25.

<sup>(62)</sup> Cláusula nº 26.

<sup>(63)</sup> Sergio Salinas Alcega. “Hacia una *globalización sostenible*. La condicionalidad social del comercio internacional” En: Antonio Embid Irujo, director, *Comercio internacional y Derechos Humanos*, Gobierno de Aragón, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 52.

en este sentido, cabe afirmar que no sería hoy coherente elaborar respuestas globales que no se hagan cargo de todos los perfiles de la problemática social anterior y de la hoy provocada; en especial, no sería coherente obviar una respuesta a los pronosticados, y ya perceptibles, cincuenta millones de desocupados sólo como consecuencia de esta crisis.

Tampoco sería coherente evitar el enfrentamiento con las empresas e intereses pertenecientes al mercado globalizado para establecer las pautas, límites, —en definitiva— regulaciones, tendientes a controlar los anuncios reiterados y diarios de despidos y reducciones de personal por decenas de miles de obreros en todo el planeta. Anuncios efectuados desde centros comerciales distintos y distantes de los lugares donde esas medidas tendrán su impacto efectivo y más severo.

La respuesta del *Acuerdo del G-20* parece demostrar más una preocupación que una ocupación en el tema; formula una promesa supeditada al resultado económico de crecimientos que deberían ocurrir como consecuencia necesaria del conjunto de medidas estrictamente económicas adoptado. Las sumas dinerarias para este aspecto social surgirán no de entregas directas, como al sistema financiero y empresario, sino como fruto del éxito, en caso de así ocurrir, de aquellas medidas.

Por esta razón consideramos muy oportuno acercar nuestro foco de análisis a aquellos instrumentos con los que los estados cuentan, a través de sus administraciones, con la posibilidad de asumir también en este terreno social y cultural un rol de protagonismo específico, operativo frente a la realidad económica y social; no ya de los problemas financieros sino de las realidades de exclusión y marginación social que ya existían antes de la crisis y que ésta agravará sin lugar a dudas.

Se trata de otro ángulo de la misma contestación que exige la realidad global, donde también se presenta una colisión de la juridicidad con los intereses de los mercados globalizados, de una temática social y cultural internacional que requiere también respuestas globales que no pueden consistir en nuevos muros, como el que se construye en la frontera mexicana, ni en cacerías humanas como las desarrolladas en los mares territoriales y en las playas europeas frente al África, ni en la recientemente reactivada política de apoyo económico y financiero de los Estados Unidos a organizaciones promotoras del aborto fuera de sus propias fronteras.

El “exceso de codicia” denunciado por el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica;<sup>64</sup> no sólo es la causa de los daños producidos al sistema financiero y asegurador internacional, sino que es también la

---

<sup>(64)</sup> En igual sentido, ha expresado la presidente de Irlanda —Mary Mc Alesee— que su nación se encuentra “consumida por el consumismo” en sus declaraciones del martes 3 de marzo de 2009.

causa indudable de la marginación y miseria que afecta a grupos humanos demasiado expandidos en el planeta y —sobre todo— en nuestros países en desarrollo.

## V. LA RESPUESTA COMPLEMENTARIA DE NIVEL INFRAESTATAL

La respuesta global debe ser complementada necesariamente por otra de carácter local. El nivel municipal reviste particular importancia a la hora de brindar una dimensión humana al proceso mundial. Es la “vuelta a lo pequeño”, señalada por Häberle;<sup>65</sup> es la “cultura federal”, reclamada por Frías, que “se diversifica en la proximidad a la gente: crece la demanda de servicios, los matices se manifiestan como diferencias o no, surgen las iniciativas en que hay que discernir si sirven al bien común” ... “evita que el mundo global destruya las identidades locales, que deben convivir con las nuevas interdependencias”.<sup>66</sup>

Es también importante considerar que debemos ser conscientes de que la recuperación de lo público, erróneamente abandonado en manos de los mercados, no debe necesariamente significar, como única alternativa, su estatización. Nuestro país debe dejar de lado la vieja concepción de que sólo es argentino lo estatal; y de que sólo lo estatal es público. Este concepto encierra un desentendimiento, un apartamiento, una verdadera evasión, de las responsabilidades que a los ciudadanos nos tocan frente a lo público.

Las organizaciones sociales públicas no estatales son más que nunca necesarias en estos momentos en que debemos recuperar el control que garantice la satisfacción de las exigencias propias del interés público.

La atribución de responsabilidad exclusiva y excluyente al estado de todo lo relacionado con el interés público conlleva a la sustracción de toda implicancia y participación de la comunidad en lo público, empuja al descompromiso de la sociedad con sus fines propios y con el interés de sus miembros, sobre todo de los más débiles; en otras palabras, suprime el patriotismo.

La organización social pública no estatal también coadyuva a evitar que la necesaria globalización de las respuestas ubique la responsabilidad aun más lejos que cuando la ponemos únicamente en el estado. El protagonismo municipal y la organización no gubernamental es esencial en este tiempo de respuestas globales; lo exige el moderno hombre de dimensión “global”. Dice Frías que *(l)a conciencia institucional nace de la participación de todos los todos del todo social en las múltiples empresas que comprometen el bien común.*<sup>67</sup>

---

<sup>(65)</sup> Häberle. ob. cit., p. 107.

<sup>(66)</sup> Pedro José Frías. “La cultura federal” En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Anales*, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 229.

<sup>(67)</sup> Pedro José Frías. *Breviarios*. Ediciones El Copista, Córdoba. 2008, p. 13.

## VI. EL COMPROMISO DEL ESTADO ASUMIDO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS <sup>68</sup>

Con motivo de nuestra preocupación por el fundamento del deber jurídico formal del estado de dar respuesta al requerimiento de los sectores más desprotegidos a través del instrumento técnico jurídico del sistema de servicios públicos, hemos investigado aquellos tratados de derechos humanos que le sirven de respaldo. Se trata de aquellos en los que el estado argentino se ha comprometido en forma expresa a defender un nivel adecuado de vida como derecho mínimo a sostener; aquellos que brindan respaldo al derecho constitucionalizado a un "trato equitativo y digno" en la relación de consumo (art. 42º CN).

Estos son: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 25º inc. 1), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 11º), la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (art. xi y xii), la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 5º inc. F), la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (art. 14º inc. h), y la *Convención sobre los derechos del niño* (art. 27º, inc. 1).

Todos ellos resultan específicos de la norma general, que ya mencionamos en el comienzo de este ensayo, que consiste en el derecho de todo hombre a la "satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad" según el art. 22º de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Es un común denominador de todas las normas mencionadas, la frase "nivel de vida" con el adjetivo de "adecuado"; conviene agregar que esa adecuación es aquella que "permitan los recursos públicos y los de la comunidad"; o "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" como lo prevé el *Pacto de San José de Costa Rica*.<sup>69</sup>

Este "nivel de vida adecuado", el "nivel de vida" mencionado por el art. 130.1 de la Constitución Española, es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, de gran importancia. Así es como la necesidad del agua potable, del servicio sanitario, de la electricidad, del gas natural, del transporte público, de los corredores viales, del correo, en aquellos países donde sea material y económicamente posible, debe ser necesariamente satisfecha a la generalidad de la población sin discriminaciones y en forma obligatoria.

<sup>(68)</sup> Para la elaboración de este punto hemos tomado como base el estudio de Dardo Pérez Hualde, "Derechos individuales en la Constitución Nacional" En: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Dardo Pérez Guilhou, Felipe Seisdedos y otros, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 175.

<sup>(69)</sup> Art. 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¿Quién define qué es adecuado como nivel de vida merecedor del derecho a exigir que se garantice a la generalidad de la población? ¿Quién decide si los bienes materiales y económicos disponibles en una comunidad determinada son suficientes para garantizar su satisfacción a la generalidad y, por ende, se constituya así en derecho exigible del hombre y su familia? Esta definición no es fácil pues, como ya advirtió Ramella, refiriéndose a los servicios públicos, constituyen “una materia sujeta a las condiciones históricas y a las posibilidades de hecho”.<sup>70</sup>

Indudablemente, cuando se trata de un país en concreto, el concepto se vincula con las posibilidades económicas reales de ese país, con sus criterios socio culturales de distribución de los bienes y de asignación de los recursos que son comunes. Consecuentemente, esa determinación corresponde a los encargados de la asignación de los recursos escasos de esa comunidad para satisfacer los compromisos asumidos por ese estado, esos son los órganos a quienes corresponde determinar las políticas fundamentales, es decir, sus órganos de decisión en materia política. Son las instituciones políticas las que deben afrontar la obligación normativa que el Estado ha asumido de hacer efectivos los derechos humanos en nuestro país. Con razón ha sostenido Benedicto XVI que “el orden justo de la sociedad y del Estado es una tarea de la política”.<sup>71</sup>

Pues bien, en materia internacional deberá emplearse a los organismos ya creados para este cometido en los distintos ámbitos específicos o, de ser necesarios, deberá crearse otros y establecérselos con una definición clara de su objeto.

El deber jurídico formal de cada estado americano de garantizar la cobertura de ese derecho nace de disposiciones expresas contenidas en los mismos tratados. Así se señala en el artículo segundo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica*, que: “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”; y también en el *Pacto Internacional de Derechos*

---

<sup>(70)</sup> Pablo A. Ramella. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2da edición actualizada, 1982. p. 611.

<sup>(71)</sup> Papa Benedicto XVI, Encíclica “Deus caritas est”, Paulinas, Buenos Aires, 2006, p. 49. Cabe formular la misma advertencia que se hace en la Encíclica: “En este punto se sitúa la doctrina social católica: no pretende otorgar a la Iglesia un poder sobre el Estado. Tampoco quiere imponer a los que no comparten la fe sus propias perspectivas y modos de comportamiento”... “Y sabe que no es tarea de la Iglesia el que ella misma haga valer políticamente esta doctrina: quiere servir a la formación de las conciencias en la política y contribuir a que crezca la percepción de las verdaderas exigencias de la justicia y, al mismo tiempo, la disponibilidad para actuar conforme a ella, aun cuando esto estuviera en contraste con situaciones de intereses personales”.

*Civiles y Políticos* en cuyo art. 2º se establece que: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que la garantía de un “nivel de vida adecuado” es un compromiso estatal aun en aquellas economías que han alcanzado un grado de liberalización importante. Afirma Boix Palop, refiriéndose a ese proceso en España, que “esta transformación no implica cambios ni en su naturaleza básica ni en su importancia económica, ni en su carácter de infraestructura ni en la relevancia de estos antiguos servicios públicos desde la perspectiva de la cohesión social. En consecuencia, a nuestro juicio, tampoco cambian las obligaciones estatales en la materia, que siguen siendo sustancialmente idénticas. En un entorno liberalizado subsisten las exigencias de que el Estado provea las condiciones para lograr una efectiva igualdad y la reducción de las desigualdades expresadas por los referidos artículos 11, 2, 9.2, 130.1 y 138.1 CE”.<sup>72</sup>

Bidart Campos nos hizo notar que “la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental (en este caso de carácter internacional) que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (...) “también se vulnera el deber internacional si no se adoptan las medidas realmente conducentes para dar efectividad al tratado”.<sup>73</sup>

El texto de la *Declaración Universal*, concretamente del art. 22º que hemos citado, reconoce ese derecho a “toda persona, como miembro de la sociedad”. Su desconocimiento implica una violación de derecho porque el texto, al igual que los anteriores ya citados, aluden directamente al derecho a la igualdad enfocado desde el punto de vista material, propio del nuevo sistema de derechos humanos y superador de aquel que inspiró a la Revolución Francesa.

En la medida en que ese reconocimiento del derecho a la cobertura de determinadas necesidades, imprescindibles para sostener un nivel adecuado

<sup>(72)</sup> Andrés Boix Palop, “Cohesión social y liberalización de servicios públicos”, director de la investigación José María Baño León, Facultat de Dret de la Universitat de Valencia-Estudi General, el 20 de junio de 2001. Ver en sitio de Internet de la universidad, p. 67.

<sup>(73)</sup> Germán José Bidart Campos, “La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional” En: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci (directores). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 427.

de vida, constituye un elemento vinculado estrechamente con las condiciones necesarias para el sostenimiento del principio de igualdad desde un punto de vista material y real, y no teórico o ficticio, ese derecho adquiere el rango de fundamental y, a la vez, constituye un parámetro de justicia social elemental. Así lo pone de manifiesto Boix Palop cuando afirma que el art. 9.2 de la Constitución de España “establece un mandato activo a los poderes públicos en el sentido de que hagan lo necesario para la consecución de una igualdad real y efectiva”.<sup>74</sup>

En otras palabras, la carencia de satisfacción de las necesidades vinculadas al mínimo común que implica la garantía de acceso a lo imprescindible para un nivel de vida adecuado a la realidad económica de una comunidad política pone de manifiesto una profunda injusticia que reclama su urgente reparación; o, al menos, un esfuerzo no menor que aquél que ha exigido, y exige hoy, la crisis financiera.

## VII. LA RESPUESTA POSIBLE

Observa Cassese preocupado, acertadamente, la presencia de un orden binario en el cuál las particularidades conviven con un sistema de principios comunes donde, por un lado, la variedad extrema y creciente de regímenes nacionales y subnacionales, mientras por el otro, una malla — que gradualmente se va extendiendo — de principios y procedimientos universales.<sup>75</sup> Esa dignidad humana se vuelca en su producto constitucional y en su necesaria “consecuencia organizativa” que es la democracia.<sup>76</sup>

Los valores y principios supraestatales, reconocidos en los textos constitucionales, constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares, con una especial visualización de la dignidad humana como piedra angular de la interpretación y aplicación constitucional, a la definición de respuestas globales a los problemas de tal carácter y a la coordinación de las políticas de esa naturaleza que es necesario desarrollar. No debemos olvidar que nuestra constitución se adelantó casi un siglo en la incorporación expresa de “los principios” como base de interpretación en el art. 28º CN y como soporte de la autonomía provincial garantía del federalismo (art. 5º CN).

Los principios de interpretación elaborados por la doctrina vinculada a los derechos humanos se hacen aplicables y plenamente operativos y así es como no podemos obviar el mencionar al de “progresividad”, al principio *pro*

---

<sup>(74)</sup> Boix Palop, ob. cit., p. 63.

<sup>(75)</sup> Sabino Cassese. *Oltre lo Stato*. Roma: Editori Laterza, 2006. p. 104.

<sup>(76)</sup> Häberle, ob. cit., p. 444.



*homine*, el *pro actionem* y el *pro debilis*. Ellos han irrumpido con fuerza inusitada en nuestra interpretación constitucional en general y nos compromete a construir una respuesta global a uno de los perfiles más acuciantes con que nuestro mundo muestra hoy su divorcio con la garantía de los derechos humanos fundamentales de naturaleza económica, social y cultural.<sup>77</sup>

De este esquema surge la mecánica propia de tratamiento de la respuesta concreta global frente a este tipo de derechos humanos que requieren, no de una actitud prescindente o neutral del conjunto de estados, sino de una actividad positiva<sup>78</sup> y que vienen —por ello— imprescindiblemente acompañados de instrumentos concretos de organización y de procedimiento<sup>79</sup> para hacerlos efectivamente vigentes. Todo ello sin olvidar que “la libertad, la igualdad, la eficiencia y el bienestar no fluyen por azar cuando el Estado es mínimo, débil, abstencionista, en un ambiente social de pura competencia. Ese Estado ausente deja afuera una puja conflictiva que no engendra automáticamente la armonía ni la articulación de intereses ni su compensación equilibrada. Pero tampoco la libertad, la igualdad, la eficiencia y el bienestar se realizan con justicia, cuando el Estado paternalista, autoritario o totalitario, acapara en su gestión pública las serie plúrima de actividades propias del hombre y de los grupos sociales, porque de su dirigismo intervencionista solo dimana la anulación de los protagonismos activos que enriquecen a una sociedad democrática”.<sup>80</sup>

Es en este contexto, donde la irrupción de los principios generales del derecho —según Häberle<sup>81</sup>— “quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho”. Y se caracteriza por mostrarnos -también- un nuevo Derecho Administrativo “desestatizado” gracias a dos eventos: el primero es el desarrollo de un derecho administrativo internacional no ligado al Estado, sino a administraciones globales, y el segundo consiste en la afirmación de reglas también globales, producidas por tratados o por organizaciones internacionales, dirigidas a los estados y a los privados interesados;<sup>82</sup> más que interesados, podríamos decir —¿por qué no?— obligados.

<sup>(77)</sup> Germán José Bidart Campos. “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “pro homine”” En: Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coordinadores). *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 16.

<sup>(78)</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso “Verbitsky”. En: (revista) *La Ley*, 2005-C, 276, cons. n° 26 y 45, 2-05-2005.

<sup>(79)</sup> Conrado Hesse. “Significado de los derechos fundamentales” En: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, segunda edición, 2001. Capítulo III. p. 102.

<sup>(80)</sup> Germán Bidart Campos. “Derecho y libertad” En: *Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación*, Suplemento de RAP, Editorial Ciencias de la Administración, agosto de 1989, p. 27.

<sup>(81)</sup> Häberle, ob. cit., p. 237.

<sup>(82)</sup> Cassese, *Oltre...*, ob. cit., p. 73.

Este fenómeno global no podría presentarse si no estuviera demostrado que “el ordenamiento piramidal que sirvió de imagen básica a la estructura del derecho tiende a cobrar el aspecto de una red compleja de instituciones y actores sociales en conflicto, con una lógica propia difícilmente reducible a la dinámica y la estática de la teoría tradicional del Derecho y del Estado”.<sup>83</sup> Consecuentemente con la desestatización del derecho público y el traslado del debate hacia los valores y principios, se ha producido un nuevo enfoque del rol tanto del estado particular como del conjunto de estados frente a los derechos fundamentales.

No se trata ya de derechos que se ejercen “contra” el o los estados o “ante” el o los estados,<sup>84</sup> sino que es necesario garantizarlos también frente a otros actores no menos poderosos que esos estados. El reconocimiento de la igualdad o el derecho a la libertad — como negación de la esclavitud — deben ser hoy defendidos también ante los grupos económicos que, en muchos casos — como dijimos —, constituyen intereses globalizados que exceden el poder efectivo de los estados aislados. El reconocimiento expreso contenido en la cláusula n° 13 del *Acuerdo del G-20* pone claramente en evidencia la presencia de un interés globalizado que debe ser normado y controlado estrictamente desde institutos globales y desde cada uno de los estados.

Esta situación obedece a la nueva apreciación de los fenómenos técnicos, económicos y también jurídicos que supone la globalización. Como señala Carlos Fayt, “esto centra la cuestión en decidir si la Comunidad de las Naciones debe ser gobernada por las cosas o gobernada por el hombre, si la economía mundial globalizada es una fuerza elemental incontrollable que domina la vida humana y puede, como un alud, precipitarse sobre ellos y sumirlos en crisis imparable. La producción de mercaderías no puede seguir siendo la deidad de nuestro tiempo. De ahí la imperiosa necesidad del señorío del hombre sobre las cosas y la defensa de la unidad, la solidaridad y la fraternidad como valores fundamentales del espíritu humano”.<sup>85</sup> Pues “tanto economicismo y endiosamiento de la eficiencia como valor supremo nos colocan ante el abismo insondable de la desigualdad, pocas

<sup>(83)</sup> Enrique Zuleta Puceiro. *Teoría del Derecho. Enfoques y aproximaciones*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. XIV. También Häberle (ob. cit., p. 236) hace notar cómo, citando a Hesse, “los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples maneras en el ámbito de los derechos fundamentales, de modo que se produce no sólo la interpretación de las leyes conforme a la constitución, sino también la interpretación de la constitución conforme a las leyes”.

<sup>(84)</sup> Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 25. Dice el autor: “resulta evidente que el derecho administrativo no puede concebirse exclusivamente como un sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado”.

<sup>(85)</sup> Carlos S. Fayt, *Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización*. Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 241.

veces vista y tan injusta como en nuestros tiempos".<sup>86</sup>

Es posible concluir en que todos los avances del constitucionalismo moderno en materia de derechos fundamentales como a la vida, a la libertad, en el terreno de las relaciones laborales, de la seguridad social, de la salud pública, del medio ambiente sano, de los servicios universales, etc. han sido progresos que se han verificado en el marco jurídico del estado de derecho pero su continuidad y vigencia exigen un contexto de fuerte apoyo interdependiente de —y con— otros estados mediante el empleo de los organismos y tratados internacionales.

Sólo la globalización de la respuesta jurídicamente enmarcada, como aquella a la que adherimos, permite ser optimistas en la real expansión y consolidación de un sistema de derechos fundamentales eficaz. Y esa respuesta global debe ser complementada y completada por aquella de rango local, desde el municipio, desde la organización social no gubernamental, de tal modo de acercar la red compleja a la percepción del hombre moderno de carne y hueso.

La situación de injusticia objetiva, por desigualdad material, en la que se encuentra el grupo humano necesitado de satisfacción de los bienes económicos necesarios para un nivel adecuado de vida, acorde a la comunidad en la que se desarrolla, es el fundamento de derecho internacional, de derechos humanos como común denominador mínimo global.<sup>87</sup>

Y esta globalidad de la respuesta exige su expansión territorial verdaderamente "universal"; pues una "universalidad" restringida a la Europa, o al Nafta, o al Mercosur, que son —más allá de sus sectores realmente necesitados— territorios privilegiados de este mundo, por sus riquezas culturales y naturales, implicaría un contrasentido a la vez que una postergación que sólo se sostiene con medidas de violencia que profundizan la iniquidad y contribuyen al agravamiento y a la expansión aun mayor del problema.

## VIII. NUESTRA PARTICIPACIÓN EN LA RESPUESTA

Pareciera existir en estos días una apreciación incorrecta de los síntomas de la crisis de parte de la dirigencia política y social argentina. Se percibe la emergencia mundial como una demostración palmaria del

---

<sup>(86)</sup> Alberto Dalla Vía, "El nuevo estado en el nuevo milenio" En: *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú* (directores Raúl Morodo y Pedro de Vega). Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, 2000. Tomo I. p. 245.

<sup>(87)</sup> Este razonamiento brinda sostén a nuestra propuesta concreta de un instituto basado en los elementos del "servicio universal" en tanto respuesta global que formulamos en nuestra ponencia en el Seminario de la Universidad de Zaragoza.

fracaso del ideario neoliberal, lo cuál es posible de compartir, pero — a la vez — de un triunfo de ideas de corte socialista ya fracasadas y perimidas en las décadas anteriores. Se olvida el compromiso constitucional con la “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados” (art. 42º CN).

Enfrentamos la crisis con un encerramiento en resortes estatales nacionales, aislados del exterior, y — a la vez — en un desconocimiento de las realidades locales a las que se ahoga por vía de la absorción de los recursos en un sistema centralizador y esquematizado de reparto sobre bases arbitrarias e incontrolables. El aislamiento de los instrumentos globalizados para la respuesta internacional y el sofocamiento de las economías locales impide los dos ángulos de elaboración de la respuesta a la crisis que hemos propiciado.

Este particular modo de percibir la realidad global ha llevado a retomar viejos instrumentos ya caducos, como las empresas estatales al estilo de los años '70, con sus mismos errores que la llevaron al derrumbe. La sustracción de esos instrumentos a los sistemas de control serios, su manipulación para el patrocinio publicitario de actividades políticas partidarias, su entrega al dominio efectivo de los gremios sobre su conducción empresaria, el abuso de su poder de compra y de contratación sin control — alquiler de aviones privados para viajar a destinos donde ya hay vuelos de línea —, o con la finalidad de beneficiar a partidarios o amigos, etc.

Todos vicios que sin duda contribuyen al sostenimiento — cuando no al engrandecimiento — de los altos niveles de corrupción que se mantienen en el país.

Esos vicios que no son otros que los que, en su momento, arrastraron a la empresa pública argentina a su derrumbe a fines de la década de los '80. Vale la pena recordar, y tener muy presente, que más que el embate del neoliberalismo, que iniciaba su hegemonía en aquel tiempo, fueron esos vicios los que voltearon a la empresa pública argentina. Fue esa corruptela la que, por su sola presencia efectiva, tornaron al grupo empresario estatal en indefendible, aun para los propios sindicatos, y llevaron a que una mayoría electoral notable acompañara con su voto al protagonista político de su ejecución y venta.

No lo debemos olvidar, porque allí se encuentra el secreto de los importantes consensos que acompañaron al proceso de desregulación de la economía y al desprendimiento desordenado de las empresas del estado<sup>88</sup> en la década de los '90 bajo la figura engañosa de la “privatización”

---

<sup>(88)</sup> Existían *empresas del estado* (Ley 13.653 t.o. Dec. 4053/55 modif. Por Ley 15.023), *sociedades del estado* (Ley 20.705), *sociedades anónimas mixtas* (Ley 19.550 arts. 308 a 314), *sociedades de economía mixta* (Dec-ley 15.349/46 -12.962- y 19.550 arts. 372), y sociedades privadas ayudadas por el Estado conforme al régimen de la Ley 17.507 y las administradas de acuerdo a leyes 18.832 y 21.606.

para esconder la entrega de las más importantes unidades económicas a otras empresas extranjeras también estatales (energía, petróleo, teléfonos, aviones, etc.) como lo puso de relieve, en su momento, Guillermo Andrés Muñoz.

Hacia ya mucho tiempo que las empresas no encarnaban, ni respondían, al interés público sino a distintos intereses particulares de políticos —civiles y militares—, empresarios contratistas y proveedores, sindicalistas, etc. De otro modo no se explica el consenso popular indudable que acompañó a quienes tomaron las medidas inspiradas y promovidas por el neoliberalismo reinante.

Relevante doctrina de esa época puso en evidencia cómo se había producido “una quiebra, tanto en sentido literal (de ruptura) como jurídico (de incapacidad de pago de las obligaciones contraídas) del propio Estado social”<sup>89</sup> y también cómo “la inexistencia de consenso social acerca de la bondad del sistema regulatorio llevó a su incumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social de los particulares y de la administración pública”;<sup>90</sup> y que también advirtió sobre el advenimiento “de excesos en la absolutización de la socialidad y de la intervención pública que hacen enloquecer las variables financieras y económicas”.<sup>91</sup>

Si a este panorama actual de retroceso hacia viejos instrumentos fracasados se le suma el reparto incontrolado de subsidios carentes de una política ordenada y transparente de criterios de asignación —en cuanto a su destino y a su volumen—, podemos decir que el rol del Derecho Público de la Economía en nuestro país se ha convertido en casi imposible de ordenar puesto que la aplicación de sus principios esenciales no es viable en un esquema que contiene fuertes notas de autoritarismo.

Finalmente, el abrumador y progresivo centralismo de corte unitario del gobierno Nacional, tolerado inexplicablemente por el Senado de la Nación, cuya misión es la defensa del federalismo constitucional, puesto de manifiesto por la captación de los recursos tributarios locales, por el descontrol de los objetivos presupuestarios —gracias a la legalización de los “superpoderes” del Jefe de Gabinete<sup>92</sup>—, y por el reparto desordenado de esos recursos, debilita gravemente el marco constitucional y —a la vez— desperdicia esfuerzos que deberían concentrarse en la búsqueda de respuestas que levanten la mirada por encima de la mera coyuntura electoral y de la especulación personal que ahoga tanto al gobierno como a la oposición en estos tiempos de crisis mundial.

<sup>(89)</sup> Ariño Ortiz. ob. cit. En: RAP, n° 230, noviembre de 1997, p. 5.

<sup>(90)</sup> Agustín A. Gordillo. “El estado actual del Derecho Administrativo”, RDA n° 14, Depalma, Buenos Aires, set-dic. 1993, p. 290.

<sup>(91)</sup> Giampiero Di Plinio. *Diritto pubblico dell'economia*. Milano, Giuffrè editore, 1998. p. 163.

<sup>(92)</sup> Ley 26.124.

Constituye un grave error la vuelta institucional atrás y la ausencia de análisis y búsqueda de instrumentos más modernos y efectivos, a la vez que transparentes. No propiciamos, como surge claramente de este ensayo, un estado prescindente, ni siquiera neutral, frente a los problemas que le corresponde resolver y controlar; pero —reiteramos— es necesario no incurrir en los mismos errores que produjeron el derrumbe del sistema. Parece elemental: si hacemos lo mismo el resultado será el mismo. Se hace también imprescindible evitar el aislamiento de nuestro país del conjunto de países y de sus organizaciones. Es el único modo de no quedar al margen del diseño de las soluciones que sin dudas se están intentando. Es necesario participar de esos foros para poder ser parte de la elaboración de las soluciones. Debemos presentar nuestras propuestas de respuesta a la crisis global. Si estamos contestes en que no habrá salida sin propuestas y soluciones de naturaleza global, pues debemos estar atentos a participar en el mayor grado posible.

Y en el otro flanco de esta realidad compleja, tampoco podemos persistir en la sustitución del municipio y de las organizaciones sociales por delegados de un centralismo extraño y lejano que únicamente responde a lealtades y a alineamientos de aquel origen.

## IX. LA RACIONALIDAD ECONÓMICA

Hace ya tiempo que Agustín Gordillo procura hacer notar que la “racionalidad económica” es un valor necesario e ineludible en nuestro mundo moderno. Señala que “ya mucho antes de ahora se ha efectuado la vinculación entre fines sociales de un estado Social de Derecho y racionalidad económica, concluyendo que la finalidad de conseguir los más elevados fines sociales no puede carecer de racionalidad económica, que no por perseguirse fines sociales puede dilapidarse el dinero público”.<sup>93</sup>

Es importante considerar, a los fines perseguido en el análisis que efectuamos en este ensayo, que la racionalidad económica no es un patrimonio de la lógica mercadista; ni del neoliberalismo reinante de los '90. La racionalidad en las decisiones públicas en materia económica, y sus corolarios como la eficiencia en el gasto y en la contratación pública, la transparencia en los componentes del costo, etc., es una exigencia expresa e ineludible de los tratados internacionales de lucha contra la corrupción suscritos por nuestro país en el marco de la OEA y de la ONU.<sup>94</sup>

En la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se ha acordado específicamente que los estados partes “convienen en considerar la

---

<sup>(93)</sup> Agustín A. Gordillo. *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*. Inédito que hemos podido compulsar gracias a la generosidad del autor.

<sup>(94)</sup> Aprobados por las leyes 24.759 y 26.097, respectivamente.

aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

De igual modo, la Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas establece en su art. 10 que “cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”.

En otras palabras, la racionalidad económica es exigencia que proviene no tanto de la lógica económica, propia del mercado, sino de su marco jurídico propio del Estado de Derecho en el que se encuentra inmerso ese mercado. De ahí, entonces, que la ruptura con el reinado de la lógica mercadista no implica desprendernos de los principios de eficiencia en el gasto público y de la transparencia de el manejo de los fondos públicos.

Estas exigencias adquieren particular relevancia, y celo en su exigencia, en estos tiempos de nuevo protagonismo del Estado en la economía.

## X. REFLEXIONES FINALES

La respuesta que espera la crisis en que nos encontramos sumergidos no es de naturaleza económica sino política y, sobre ella, se montará la jurídica propia del Derecho Público Económico. En otras palabras, la crisis, que consiste en la falta de respuesta jurídica a los excesos y comportamientos contrarios al interés público internacional de los agentes empresarios del mercado globalizado, en especial, de los financieros, exige el empleo de los instrumentos adecuados.

Algunas expresiones del *Acuerdo del G-20* nos permiten abrigar algún optimismo de que se produzca un encauzamiento adecuado de las respuestas a la crisis. No por ahora, pues parece claro que se agotarán antes todos los instrumentos estrictamente económicos y directos.

Al igual que en los tiempos del origen del constitucionalismo moderno, cuando a un soberano que gobernaba inspirado por Dios y en su nombre se lo obligó a someterse a la ley, a reconocer una norma por sobre su voluntad, que era la Carta Magna de 1215, de igual modo, hoy, ese mercado soberano e igualmente endiosado —y sus agentes— deben ser sometidos a la ley. En esta oportunidad es igualmente tan difícil y tan trascendente como lo fue en aquella. La crisis de 1215 también tuvo un origen y una manifestación económica, pero provocó una salida de mayor significación

jurídica, verdaderamente constituyente, que la respuesta coyuntural monetaria concreta de los señores feudales ingleses que le sirvió de desafío y que la provocaron.

La crisis mundial, de graves consecuencias económicas y financieras, es jurídica; y la respuesta adecuada debe consistir en un plexo de normas y procedimientos que hagan efectivo el rescate de los valores culturales y sociales no económicos sobre la base de una formulación política clara en tal sentido. Y ella debe apuntar al terreno internacional. Se ha sostenido que “los nexos entre economía y sociedad, entre mercado y política, entre imperativos económicos y valores sociales, están destinados a ser definidos cada vez más en el plano internacional...” y allí es donde “...deberá reforzarse el equilibrio entre libertad de mercado y valores no económicos, que es donde se ha encaminado el derecho comunitario, inspirado en las normas y en la jurisprudencia de la economía social de mercado”.<sup>95</sup>

Y es en esta respuesta donde podemos participar activamente, como municipio, como provincia, como país, como región, como continente, o quedarnos a un costado y mirar como otros lo resuelven por nosotros.

Nos recordaba Albert Einstein que las crisis son oportunidades bienvenidas. Nuestra misión es no desperdiciarlas en menudencias y en subterfugios que luego, cuando los efectos peguen con severidad, serán inocultables e imposibles de explicar razonablemente por parte de quienes hemos asumido responsabilidades públicas y nos toca dar las respuestas adecuadas para que las generaciones futuras puedan dedicarse a sus propios desafíos sin cargar con el lastre de nuestra irresponsabilidad.

Y terminamos con otro concepto del rabino Sergio Bergman: “cuando se habla de valores, se habla de trascendencia, de la grandeza de iniciar no lo que uno va a terminar, sino lo que uno va a legar”.

Chacras de Coria, abril de 2009

---

<sup>(95)</sup> D'Alberty, *Potteri publici...*, ob. cit., p. 135.



# LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO

Marina Gascón Abellán \*

SUMARIO: I. Caracterización del constitucionalismo: la Justicia Constitucional. II. Los límites de la justicia constitucional. III. La invasión del ámbito político: 1. Interpretación conforme y sentencias interpretativas. 2. Sentencias manipulativas. 3. Otras formas de influencia política de la Justicia Constitucional. IV. Observaciones finales: 1. Argumentos contra el control de constitucionalidad. 2. A modo de conclusión.

## I. CARACTERIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Aunque lo que haya de entenderse por *Estado constitucional* parece una cuestión abierta o en todo caso sometida a debate, podría decirse, de una forma genérica y puramente aproximativa, que constitucionales son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter *normativo*: la constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constitu-

---

<sup>(\*)</sup> Catedrática de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-la Mancha).

yente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la constitución, que se convierte así en su parámetro de validez.

En otras palabras, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la *supremacía política* de la constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica o supralegalidad*. Precisamente resaltando esta nota de supralegalidad suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de Derecho; o mejor, su culminación: si el *Estado legislativo de Derecho* había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, el *Estado constitucional de derecho* supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución.

Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de Derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad. Por lo demás, la supremacía jurídica de la constitución, que es el rasgo más significativo del Estado constitucional de derecho, no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la *rigidez* de la constitución, o sea cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria,<sup>1</sup> y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad* de la ley y otros actos del poder.<sup>2</sup> Puede decirse por ello que, en la caracterización tradicional del constitucionalismo, supremacía de la constitución y justicia constitucional son conceptos inextricablemente unidos.

Es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de *control difuso y concreto*, orientado primariamente a la garantía de los derechos, y el sistema de *control concentrado y abstracto*, orientado primariamente a controlar el texto de la ley. El primero conoce

<sup>(1)</sup> Vid. el volumen *La rigidez de las constituciones escritas*, (A. Pace y J. Varela), Madrid, CEC, 1995; o V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, nº 23, 2000. De una opinión distinta es L. Prieto, para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución*, nº 5, 2001, pp. 12 ss.

<sup>(2)</sup> M. García Pelayo, entre otros, señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, *Obras Completas*, Madrid, CEC, 1991, p. 3037. De una opinión distinta es J. C. Bayón, para quien la supremacía de la constitución no depende necesariamente de la existencia de una garantía constitucional, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y Derechos Fundamentales* (J. Betegón, F. Laporta, J. R. Páramo y L. Prieto coords.), Madrid, CEC, 2004, pp. 67 ss.

su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional.<sup>3</sup> El temprano y firme reconocimiento de la supremacía constitucional (y consiguientemente de la justicia constitucional) se vincula aquí a la idea de contrato social *lockeano* que postula una constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos. Es más, “para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”.<sup>4</sup>

Cuaja así la idea de un poder constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La constitución es pues el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye (y delega en) los órganos del Estado y regula su forma de proceder, la constitución aparece como *lógicamente* superior a los mismos y *jurídicamente* superior a las demás normas, y su garantía (sobre todo la de los derechos) se confía al más neutro de los poderes: el poder judicial.<sup>5</sup> Es lo que se conoce como *judicial review*, que se configura como un control difuso y concreto para la protección de los derechos constitucionales. *Difuso* porque los derechos pueden ser invocados ante cualquier juez, y en último término ante el Tribunal supremo, cuya doctrina (vinculante) es la que delimita realmente el contenido de los derechos que la constitución enuncia. Y *concreto* porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular: la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos.

El *control concentrado y abstracto*, por su parte, conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional *kelseniano* que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austriaca de 1920 y que tras la Segunda Gran Guerra se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la constitución (o de los derechos) se atribuye a todos los jueces, este sistema de control se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc* (el tribunal o corte constitucional) *separado* de la jurisdicción ordinaria y llamado a

<sup>(3)</sup> Sobre el origen y justificación de la *judicial review* vid. por ejemplo R. Blanco Valdés, *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998.

<sup>(4)</sup> Esta es una de las “verdades” que los autores de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* (1776) sostenían “por evidentes”.

<sup>(5)</sup> La idea está bien descrita por A. Hamilton en *El Federalista*: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo” (A. Hamilton, 1780, cap. LXXVIII).

pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas.

Es decir, el control de constitucionalidad se agota en el que ejerce un Tribunal constitucional que aparece como “el órgano que confronta norma (abstracta) de la ley con norma (abstracta) de la constitución para verificar la contradicción lógica eventualmente producida en el seno del ordenamiento”.<sup>6</sup> La opción de Kelsen por este sistema resulta comprensible si se considera el contexto jurídico-político en el que se gesta. En la tensión política entre jueces y legisladores de la Europa de los años veinte, que tendría su culminación dramática en la experiencia constitucional de la república de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un derecho libre desbocado, el Tribunal constitucional venía a representar dos cosas: un intento de conciliar la garantía de la constitución y la libertad política del Parlamento frente a los jueces y al mismo tiempo un intento de recuperar el ideal de la aplicación racional y controlable del derecho. En suma, en una situación histórica donde la consolidación del Estado de derecho hallaba múltiples dificultades, donde la supremacía de la ley aparecía amenazada por una judicatura sumamente activista y no precisamente imbuida de la filosofía liberal que alentó el constitucionalismo norteamericano, la pretensión de Kelsen es institucionalizar un control de constitucionalidad que no comprometa la libertad política del Parlamento y que se muestre lo más cercano posible a la razón y la lógica.

Interesa destacar, sin embargo, porque es importante para lo que después se dirá, que el logro de estos objetivos requería algo más, esta vez referido a la propia idea de constitución. Kelsen, en efecto, visualizaba ya los peligros que para una justicia constitucional que quisiera ser racional y respetuosa con el legislador representan los preceptos constitucionales más o menos vagos o ambiguos; y de ahí su enérgico rechazo a este tipo de normas.<sup>7</sup> Por ello para este autor la constitución es ante todo una norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas generales<sup>8</sup> y que puede asimismo —es verdad— condicionar hasta cierto punto el contenido de esas normas, pero sin que ese condicionamiento sustantivo pueda concebirse en términos de

<sup>6</sup> Vid. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977. Vid. también L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 77-78.

<sup>7</sup> F. Rubio habla de “la repugnancia (de Kelsen) a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley”; “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4 (1982), p. 40.

<sup>8</sup> Vid. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1986, pp. 232 ss.

un sistema de valores y principios con vocación de plena eficacia, tal y como sucede en las constituciones contemporáneas. Muy simplemente, el reconocimiento de un carácter puramente formal a la constitución garantizaba la posibilidad de un juicio racional, pero representaba sobre todo un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

Los dos sistemas de control mencionados (el de jurisdicción difusa y el de jurisdicción concentrada) pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema de la *judicial review*, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el Tribunal Supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los Tribunales Constitucionales europeos.<sup>9</sup> Por otra, porque en los sistemas de jurisdicción concentrada y separada, orientados al control del texto legal por el Juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede sustraerse a la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones.<sup>10</sup>

Esta tendencial unificación de los sistemas de control permite abordar de manera unitaria una cuestión que, tanto conceptualmente como en la práctica, aparece como crucial: la de los límites de la justicia constitucional; especialmente los que la separan de la acción democrática o política.

## II. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Con independencia de las particularidades que afectan a la concreta configuración de sus competencias en cada sistema, la justicia constitucional (ya se articule a través de un Tribunal Constitucional o a través de un sistema de jurisdicción difusa que culmine en el Tribunal Supremo) está sometida a unos límites. Estos límites son los que derivan de la distinción

---

<sup>(9)</sup> En adelante, para referirnos al juez de las grandes cuestiones constitucionales (se configure como un Tribunal Constitucional separado de la organización de la jurisdicción ordinaria, o como un Tribunal Supremo inserto en el esquema de la jurisdicción ordinaria) utilizaremos la expresión *Juez Constitucional*.

<sup>(10)</sup> Precisamente por esa inevitable extensión de la justicia constitucional a la jurisdicción ordinaria, hay quien sostiene que el Tribunal constitucional “representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la constitución a los jueces ordinarios”, L. Prieto, “Neoconstitucionalismo y Ponderación”, en *Derecho y Proceso* (J. D. Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 5, 2001, p. 205.

entre juicio de constitucionalidad y decisión política democrática que puede ser reformulada como sigue: *la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene, frente a la constitución, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir*. La distinción, por lo demás, no expresa un simple tecnicismo, sino que está estrechamente vinculada al modo en como se conciben las relaciones entre constitución y ley, relaciones que en línea de principio podrían configurarse conforme a dos modelos: el modelo *constitucionalista* o *judicialista* y el modelo *democrático* o *legalista*.

Según el primer modelo (constitucionalista o judicialista), la constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución. En otras palabras, la constitución pretende determinar en gran medida *qué* debe mandarse; es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y si puede denominarse también *judicialista* es porque en él son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el Juez constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

De acuerdo con el segundo modelo (democrático o legalista), la constitución se limita a fijar las reglas del juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo. En otras palabras, la constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Si este modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador —en expresión del principio democrático— puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. Y si este modelo puede denominarse también *legalista* es porque en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la constitución sólo aparece como posible; o sea, es el legislador democrático quien determina qué normas presiden un sistema político histórico-concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el Juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional

la ley cuando ésta rebasa el marco de posibilidades políticas que la constitución permite.<sup>11</sup>

Aunque los dos modelos descritos son conceptualmente plausibles, el compromiso con la dignidad democrática de la ley supone (e impone) optar por el segundo, pues si se opta por el primero acaso pueda tenerse un sistema más jurídico, pero también menos democrático. Insistimos, pues, en lo que más arriba se afirmó: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, sigue teniendo en los sistemas constitucionales una autónoma razón de ser. Y de ello deriva una consecuencia clara para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional: la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del Juez constitucional no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; *no es, por tanto, la de fijar la mejor ley desde la perspectiva constitucional*, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables, y de ahí su caracterización usual como “legislador negativo”. Por eso, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el Juez no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador y mucho menos sugerir o directamente imponer a éste una opción política determinada. En pocas palabras, *el Tribunal constitucional no debe influir en la dirección política del país*.

En resumen, pues, el principio democrático, que es la esencia del poder constituyente que instituye los poderes e instaura un “coto vedado” como límite a la acción de los mismos, exige que la justicia constitucional se asiente sobre la separación entre el *juicio de constitucionalidad* de las leyes o de otros actos de poder, que compete al Juez constitucional, y la *decisión política* expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático. Y esta separación obliga al Juez constitucional a realizar un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo.

Sin embargo no siempre resulta fácil mantenerse fiel a estos propósitos; más exactamente, en la práctica resulta complicado que el legislador negativo no termine transformándose en un legislador positivo. Precisamente por eso tiene interés preguntarse si, más allá de las apariencias, la justicia constitucional se ajusta, en su modo de funcionar, a esa caracterización. A estos efectos, y aunque la andadura de cada concreto sistema de justicia constitucional merecería un juicio particularizado, me ceñiré aquí, por razones obvias, al caso español.

En España, la transformación del Juez constitucional en sujeto político creo que resultaba manifiesta en el ámbito del llamado recurso previo de

<sup>(11)</sup> Vid. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2006, pp.150–152; M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, pp. 55 ss. L. Prieto, “Neoconstitucionalismo y Ponderación”, cit., p. 204; R. Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002).

inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, hoy desaparecido,<sup>12</sup> que, en resumidas cuentas, suponía una invitación al Tribunal Constitucional para que aleccionase al legislador acerca de qué modificaciones debería adoptar en sus proyectos de ley a fin de que estos resultasen constitucionalmente legítimos. Quizás el ejemplo más paradigmático de esta forma de proceder fue la sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa además a un asunto tan controvertido como fue la despenalización de algunos supuestos de aborto, donde el Tribunal se permitió sugerir medidas o garantías suplementarias cuya omisión hacía inviable el proyecto, convirtiéndose así en colegislador. La sentencia reconocía la constitucionalidad de los supuestos de despenalización, pero fundaba la inconstitucionalidad del precepto en que el legislador no había previsto “las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto” despenalizador.<sup>13</sup>

Así, la falta de previsión de un dictamen médico, en el caso del aborto terapéutico, la ausencia de mecanismos de comprobación del supuesto de hecho, en los tipos terapéutico y eugenésico, así como de medidas que garantizaran la práctica del aborto en las debidas condiciones médicas, fueron los elementos que sirvieron al Tribunal Constitucional para justificar la inconstitucionalidad del Proyecto. En suma, el Tribunal llevó a cabo una argumentación finalista más interesada en evitar el posible uso fraudulento del precepto impugnado que en ceñirse a los estrictos límites del juicio de constitucionalidad.<sup>14</sup> Por ello, los cinco votos particulares que se formularon a esa sentencia fueron conscientes de lo que ello significaba para la posición del propio Tribunal, “cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo”.<sup>15</sup>

No obstante, la desaparición de aquel recurso previo no ha supuesto la perfecta separación entre justicia constitucional y política. De un lado, porque el principio de interpretación conforme de la ley a la constitución, que se impone en todas las instancias, da pie a una actuación cuasi legislativa o legislativa a secas en nombre de la justicia constitucional. Así sucede cuando

<sup>(12)</sup> El control previo de constitucionalidad frente a Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía fue abolido en España en 1985, mediante L. O. 4/1985, de 7 de junio. Vid. J. Pérez Royo, “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17 (1986), pp. 137 y ss.

<sup>(13)</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJº 12.

<sup>(14)</sup> Por lo demás, ni siquiera esta argumentación finalista justificaba —por haber sido necesaria para evitar peligrosas lagunas legales— la actuación cuasi-legislativa del TC, pues “una cosa es el Código Penal” —objeto de juicio— “y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables” (voto particular del magistrado L. Díez Picazo).

<sup>(15)</sup> Voto particular de los magistrados A. Latorre y M. Díez de Velasco.



el Juez constitucional dicta un pronunciamiento “interpretativo”, pero también (y sobre todo) cuando dicta un pronunciamiento “manipulativo” que arrebatara al legislador sus funciones políticas; y lo mismo sucede cuando el juez ordinario, en su papel de guardián (también) de la constitución y so pretexto de ese mismo principio interpretativo, “retuerce” intolerablemente el sentido de la ley. De otro lado, la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la política viene propiciada muchas veces por la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes cláusulas abiertas y principios materiales de justicia cuya interpretación es notablemente discrecional.

### III. LA INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO

#### 1. Interpretación conforme y sentencias interpretativas

Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de *interpretación conforme* a la constitución (la *Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana<sup>16</sup>) cuando se interpreta una disposición o texto legal de manera que se muestre compatible (o conforme) con la constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto legal, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la constitución y aquellas que no lo son. Pero, —nótese— en el ámbito de las *interpretaciones plausibles* de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley estará ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas.

Pues bien, las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el *principio de conservación de las leyes* (*rectius*: de los textos o disposiciones legales), acogido plenamente por nuestro Tribunal Constitucional<sup>17</sup> y directamente relacionado con el principio de la interpretación de las leyes conforme a la constitución. En virtud de dicho principio, cuya obligatoriedad se vincula a la primacía constitucional, un precepto legal solo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la constitución, de manera que ha

---

<sup>(16)</sup> Sobre el principio de interpretación conforme, vid, para la doctrina alemana, R. Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976, vol. II, pp. 108 ss; para la doctrina española vid. J. Jiménez Campo, “Interpretación conforme a la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

<sup>(17)</sup> Vid. STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 94.

de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la constitución. Se conjugan así la primacía de la constitución y la conservación de las leyes.

En palabras del Tribunal Constitucional español son sentencias interpretativas “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”.<sup>18</sup> Lo que con ello se señala es que existen otras posibilidades de interpretar la ley, diferentes de la rechazada, y que de acuerdo con esas otras interpretaciones *plausibles* — que la sentencia proporciona — la ley resulta compatible con la constitución. Dichas sentencias son, pues, el resultado de una interpretación (a veces notablemente forzada) que evita la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

Las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero *sustancialmente estimatorias* de la misma. Esto es así porque en ellas se determina qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional<sup>19</sup> o cuáles deben rechazarse,<sup>20</sup> y de este modo se delimitan (en el primer caso) o directamente se señalan (en el segundo) las interpretaciones de la ley constitucionalmente inaceptables; es decir, se circunscriben las posibilidades interpretativas del precepto legal impugnado o cuestionado. Pues bien, aun cuando las sentencias interpretativas puedan ser consideradas consustanciales al ejercicio de cualquier función jurisdiccional,<sup>21</sup> mediante esta técnica el Tribunal constitucional desempeña una función más propia de un Tribunal supremo y no exenta en muchos casos de polémica, por el riesgo que entraña de imponer, so pretexto de la interpretación conforme a la constitución, la *mejor interpretación* de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Actuando de este modo el Tribunal constitucional invade

<sup>(18)</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6. Sobre la forma de las sentencias interpretativas en el TC, vid. F. J. Ezquiaga, *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Oñati, IVAP, 1987, pp. 111 y ss.

<sup>(19)</sup> Por ejemplo, aquéllas que declaran que un precepto “no es inconstitucional, siempre que se entienda que...” (STC 11/1981, de 8 de abril); o que “sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que...” (STC 14/1981, de 29 de abril); o que no es contrario a la Constitución

“en cuanto no sea interpretado en contradicción con...” (STC 37/1981, de 16 de noviembre) o “interpretado en los términos...” (STC 237/1992, de 15 de diciembre) o “en la interpretación acorde con...” (STC 204/1992, de 26 de noviembre).

<sup>(20)</sup> Por ejemplo, aquéllas que declaran que una disposición “es inconstitucional...interpretada como...” (STC 22/1981, de 2 de julio); o que “no puede ser interpretada en el sentido de que...” (STC 34/1981, de 10 de noviembre).

<sup>(21)</sup> En este sentido F. Rubio, “Sobre la relación del Tribunal Constitucional...”, cit., pp. 35 y ss.

claramente las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues deja sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial. Pero además, y sobre todo, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de sus sentencias y la naturaleza “legisladora” de las mismas, al imponer la mejor interpretación de la ley puede decirse que el Tribunal constitucional realiza una tarea cuasi legislativa.<sup>22</sup>

En conclusión, el límite que separa la *interpretación conforme* de la *mejor interpretación* resultan a veces lábil e impreciso. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado (aunque en la práctica no siempre es así) por un permanente ejercicio de *self-restraint*.

Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Tribunal constitucional puede terminar imponiendo una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasan así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas.

## 2. Sentencias manipulativas

Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el Juez constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: a) *manipulando el texto* de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido); o bien b) *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la constitución. Aunque en ambos casos se

---

<sup>(22)</sup> Además, que el Tribunal constitucional era consciente de estas consecuencias lo prueba una de sus primeras decisiones donde, tras afirmar que las sentencias interpretativas representan “un medio lícito aunque de muy delicado y difícil uso”, añade —justamente para rehusar su utilización— que “el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la constitución, *no legislador*, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos de la constitución”, STC 5/1981, de 13 de febrero, FJº 6. La cursiva es mía.

producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele usarse la expresión *sentencias manipulativas* —acuñada por la doctrina italiana<sup>23</sup>— para el segundo supuesto; es decir, para los casos en que el Tribunal constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

Así caracterizadas, las sentencias manipulativas son en realidad un caso particular de pronunciamientos interpretativos, pues a través de ellas se *excluye* cierta interpretación de la ley y se *impone* otra. La interpretación aquí puede recaer, bien sobre el *programa normativo* del precepto (sentencias sustitutivas), o bien sobre su *ámbito de aplicación*, que tras la interpretación resulta reducido (en cuyo caso se habla de sentencias reductoras) o ampliado (en cuyo caso se habla de sentencias aditivas). Más precisamente, las sentencias *sustitutivas* consisten en sustituir una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado por otra que sólo forzosamente puede decirse que deriva del mismo pero que resulta acorde con la constitución. Las sentencias *reductoras* consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la constitución: tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal.<sup>24</sup> Las sentencias *aditivas* consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.<sup>25</sup> En los tres casos podría decirse que, en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspassa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Tribunal constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del poder legislativo. Pero esta actuación paralegislativa es particularmente notoria en las sentencias aditivas.

<sup>(23)</sup> Vid. A. Pizzorusso, “Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. I; y G. Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2ª ed., 1988, pp. 296 ss.

<sup>(24)</sup> Un ejemplo de sentencias *reductora* del Tribunal constitucional español es la 5/1981, dictada a propósito de la impugnación de los arts. 34.3 b y 34.2 de la LOECE, que establecen un determinado régimen para los centros educativos. El Tribunal estimó que estos preceptos son inconstitucionales en cuanto se refieran a “centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”; no lo son en cuanto se refieran a “centros privados no sostenidos con fondos públicos”. De manera que, tras la interpretación, la norma legislativa sólo se considera aplicable a los centros privados no financiados con fondos públicos.

<sup>(25)</sup> Son ejemplos de sentencias aditivas del Tribunal constitucional español la 116/1987, que extiende el régimen jurídico establecido para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936 a los que lo hicieron con posterioridad; y la 222/1992, que hace extensible a quien hubiere convivido con otro de modo marital el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de una vivienda que la ley concedía al cónyuge supérstite; es decir, extiende a las parejas de hecho (*more uxorio*) los derechos que la ley concede a los matrimonios.

Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la *inconstitucionalidad por omisión*: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice; o sea, “en la medida en que no prevé” algo. Si puede decirse así, una sentencia aditiva estima inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, esa regulación que falta. Por ello podría definirse una sentencia aditiva como aquella que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional.<sup>26</sup> Lo que suele perseguirse con esta actuación es garantizar *el principio de igualdad*, presuntamente vulnerado por una interpretación no expansiva, sino estricta, del precepto.<sup>27</sup> Pero está claro que en estos casos el Juez constitucional también podría salvar la igualdad simplemente anulando el texto legal. Si en vez de eso opta por hacerlo extensible al grupo discriminado (sentencia aditiva) es porque considera que la simple anulación del precepto *in toto* puede ocasionar perjuicios inmediatos para todos aquellos a quienes el precepto otorga derechos.<sup>28</sup>

Aun cuando esta clase de sentencias se dicten para salvar la igualdad, es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Tribunal constitucional actúa como un auténtico *legislador positivo*, pues *crea* una norma nueva que es ley para los aplicadores del derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Es más, precisamente el hecho de que el Juez constitucional “no considere adecuado o conveniente” anular el precepto legal impugnado (y en vez de eso dicte una sentencia aditiva) muestra claramente que está haciendo valoraciones políticas. Ahora bien, esta actuación puede

<sup>(26)</sup> Sobre las sentencias aditivas en el derecho español, vid. F. J. Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal constitucional. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001; J. J. Fernández, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998; I. Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

<sup>(27)</sup> En efecto, puede haber cierta proclividad a las sentencias aditivas cuando está en juego el principio de igualdad. En estos casos, el TC puede optar entre declarar directamente la inconstitucionalidad de la ley o hacerla extensible al grupo discriminado. La opción por el segundo supuesto —sentencias aditivas— puede venir explicada por el hecho de que el TC considere que si el legislador ha dado cierto tratamiento a un grupo de ciudadanos es porque lo ha considerado adecuado en virtud de un determinado valor de la Constitución; en consecuencia, extiende ese tratamiento a todos los que se encuentran en la misma situación. Vid. L. Elia, “Constitucionalismo cooperativo, Racionalidad y Sentencias Aditivas”, en *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 77 ss.

<sup>(28)</sup> Vid. F. Rubio, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (1988), p. 36. En el mismo sentido F. Modugno, “I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizione in sede di giustizia costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, núm.1, 1989, p. 39.

llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Tribunal constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. En efecto, puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio y las previsiones económicas que muchas veces son necesarias para su satisfacción. Esta regulación es necesaria para evitar que el ejercicio de los derechos se desborde más allá de lo previsto y querido por esa doctrina constitucional, pero el Tribunal constitucional no puede hacerla. Si puede decirse así, el Tribunal constitucional es un órgano “torpe” para legislar positivamente, pues no puede —o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador— establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Las sentencias manipulativas en general y las aditivas en particular sólo parecen admisibles cuando crean o producen normas constitucionalmente *exigidas*; <sup>29</sup> o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia obedezca a la necesidad de proteger algún bien o valor constitucional y, además, no exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa integración legislativa la lleve a cabo el Juez constitucional o el legislador. Por el contrario, cuando falta alguno de estos requisitos, y en particular cuando existen varias posibilidades legislativas para eliminar la inconstitucionalidad, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatar al legislador su libertad de configuración normativa. Por lo demás, los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son exigidas podrían solventarse dictando una sentencia de *mera inconstitucionalidad* (o de *inconstitucionalidad sin nulidad*), mediante la cual se declara la inconstitucionalidad de la ley pero no se anula ésta, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Tribunal constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley. Actuando de este modo se respeta, por así decirlo, el principio “a cada uno lo suyo”: el Juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley (que es su función); y la producción de la nueva norma se deriva al legislador (que es el órgano que ostenta la legitimidad democrática).

En suma, los pronunciamientos manipulativos revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico

---

<sup>(29)</sup> Se trata de lo que la doctrina italiana denomina sentencias *a rime obbligate*. Vid. V. Crisafulli, “Relazione generale”, en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p.84. Asimismo, G. Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, cit., p. 304.

por vía del control de constitucionalidad. Pero se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un *self-restraint* del Tribunal constitucional; antes al contrario, a través de estos pronunciamientos éste sobrepasa los límites de la interpretación conforme suplantando lisa y llanamente al legislador. En esta medida, las sentencias manipulativas violentan el principio democrático y el de separación de poderes en los que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos.<sup>30</sup>

### 3. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional

Más allá de los cuestionables pronunciamientos manipulativos e interpretativos, la intromisión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo.

En efecto, cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente formalizados su interpretación no ofrece demasiados problemas. Sin embargo, las constituciones actuales contienen muchos preceptos que padecen una escasa formalización; es más, muchos de ellos son tan solo la positivación de principios y juicios de valor, de manera que su significado está altamente indeterminado. Esta indeterminación hace que el juicio de constitucionalidad de la ley sea notablemente discrecional. En algunos casos tan discrecional, que pareciera que el Juez constitucional viene irremediabilmente abocado a convertirse en un sujeto político.<sup>31</sup>

La indeterminación constitucional está detrás de algunas actuaciones políticas del Tribunal Constitucional que, o bien contienen recomendaciones al legislador, o bien fijan de manera discutible el significado de un concepto esencialmente controvertido. En algunos casos, en efecto, ante la duda sobre el significado de la constitución en un determinado punto, y ante la duda por tanto sobre si la ley cuestionada respeta el ámbito de posibilidades políticas permitidas por la constitución, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley, pero acompaña a su declaración una *recomendación al legislador* a fin de que en el futuro reforme la ley ajustándola a la *mejor interpretación* de la

---

<sup>(30)</sup> Vid. F. Rubio, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", cit.

<sup>(31)</sup> Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas constitucionales más o menos vagas o ambiguas; vid. H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Juan Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1998.

constitución que establece la sentencia. Es evidente la carga de autoridad que acompaña a esta recomendación, por lo que es muy probable que el legislador termine atendiendo esa sugerencia y reformando la ley.<sup>32</sup> De otro lado, cuando la indeterminación tiene que ver con principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia, aborto, rechazo de tratamientos médicos en situaciones de urgencia vital, etc.) es posible no ya que el Juez constitucional haga una recomendación al legislador, sino que *fije directamente* (de manera “intolerable” desde la perspectiva del principio democrático) el significado de esos principios o valores.

En todo caso, el problema de la indeterminación constitucional tal vez podría salvarse sin necesidad de que el Juez constitucional desempeñe funciones políticas. En concreto, como en una *cuestión constitucional esencialmente controvertida* es muy posible que las dos partes enfrentadas (la mayoría creadora de la ley y la minoría que impugna la ley) esgriman argumentos atendibles, el Juez podría adoptar una *solución intermedia*, consistente en declarar válida la ley pero dejando abierta la reversibilidad de su decisión: por si surgieran nuevos datos (por ejemplo, acerca de las valoraciones sociales dominantes a propósito de valores constitucionales controvertidos) que ayuden a esclarecer la cuestión, o por si cambiaran las propias valoraciones sociales. Se trata pues de que, por razones democráticas y habida cuenta la duda, es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría: o sea, declarar válida la ley (al menos por el momento) pero reconociendo que los argumentos que invocó la minoría tienen peso suficiente como para dudar. Si se quiere, se trata de atribuir al Juez constitucional la función de “árbitro” de las cuestiones constitucionales esencialmente controvertidas, estableciendo simplemente los puntos a partir de los cuales las partes políticas y sociales enfrentadas deben discutir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva.<sup>33</sup> Sólo este tipo de actuación se mostraría verdaderamente respetuosa con el principio democrático.

---

<sup>(32)</sup> Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos en el Derecho español lo constituye la STC 108/1986. Se impugnaba la ley que preveía la elección parlamentaria de los vocales del Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional entendió que ese sistema de elección no era contrario a la constitución, por lo que no procedía declarar su inconstitucionalidad; pero al propio tiempo indicaba que un sistema alternativo (en el que en la elección de los vocales participasen el Parlamento y el Poder Judicial) sería “más conforme” a la Constitución.

<sup>(33)</sup> Vid. este planteamiento en el excelente trabajo de V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997.



#### IV. OBSERVACIONES FINALES

##### 1. Argumentos contra el control de constitucionalidad

En los últimos años ha vuelto a cobrar actualidad, tanto en América como en Europa, el viejo debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional. Algunos de los argumentos que se esgrimen en su contra traen causa del gran poder discrecional (y por tanto “político”) que ejerce el Juez constitucional, sobre todo cuando las cuestiones de constitucionalidad afectan a conceptos esencialmente controvertidos, y las comentadas actuaciones políticas de la justicia constitucional no han hecho sino reforzarlos. Pero otros argumentos van directamente contra la propia idea de supremacía constitucional y se sustancian en la tesis de que *las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras*. Esta es la objeción fundamental a la que se enfrenta la justicia constitucional, que en los Estados Unidos se verbaliza con la expresión, acuñada por Alexander Bickel, de la *dificultad contra-mayoritaria*.<sup>34</sup>

Los dos tipos de argumentos están conectados, pues esta segunda objeción es tanto más importante cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad que permita el tipo de constitución de que se trate; es decir, cuanto mayores dudas interpretativas plantee el texto constitucional. Por eso, constituciones cargadas de normas controvertibles en esencia propician más la discrecionalidad y hacen por tanto más grave la objeción antidemocrática. Si una ley que regule la eutanasia es invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida que la constitución protege, tendría sentido preguntar quién es el Tribunal Constitucional para imponer su interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. En cambio no habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal Constitucional si este invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para determinados supuestos; sencillamente porque la interpretación del precepto constitucional que proscribía la pena de muerte no plantea ninguna duda, y frente a ello no cabe el argumento democrático: el Tribunal Constitucional simplemente ejecuta la constitución en un supuesto clarísimo.

Justamente como respuesta a la dificultad contramayoritaria se ha propuesto la *tesis de la constitución procedimental*,<sup>35</sup> o más exactamente, de la *lectura procedimental* de la constitución. La idea que la sustenta puede resumirse como sigue. En un mundo pluralista (en valores) y con un

---

<sup>(34)</sup> A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale Univ. Press, New Haven, 1962.

<sup>(35)</sup> J. H. Ely es el principal exponente de esta tesis. Vid. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1980.

cierto relativismo ético no puede entenderse que la constitución impone valores objetivos indiscutibles, porque el único valor fundamental es la *igualdad* de todos los hombres, que en el plano de las decisiones colectivas se traduce en la *democracia*, es decir, en la participación de todos en pie de igualdad en las decisiones colectivas. Brevemente, la constitución no impone resultados políticos legítimos, sino que tan sólo instaura un proceso legítimo (la democracia) para la adopción de decisiones políticas. Se postula, pues, una lectura democrática (en sentido estricto, procedimental) de todas las disposiciones constitucionales: algunas (la mayoría) se ocupan directamente de establecer cuáles son los órganos y los procedimientos de decisión; otras (las relativas a derechos) tienen como objeto establecer las condiciones que garanticen la igual participación de todos en el proceso democrático. De ahí se deriva una *concepción restrictiva de la justicia constitucional*, según la cuál ésta debe limitarse a mantener abiertos los canales de la participación; o sea, sin condicionar la decisión última. En otras palabras, la justicia constitucional debe limitarse a velar por que en el proceso político se respeten todas sus condiciones de legitimidad, lo que en resumidas cuentas conduciría a controlar exclusivamente el respeto de la igualdad y de los derechos políticos, por ser los que constituyen la esencia de la participación y debate democrático.

Esta tesis, sin embargo, resulta objetable, pues es discutible que el respeto de los derechos políticos agote las garantías de participación democrática en pie de igualdad. Por ejemplo, parece claro que la libertad de expresión formaría parte del ámbito de control constitucional, porque se pone al servicio de la democracia; pero ¿y los derechos sociales? Si se responde negativamente estaría olvidándose que los derechos sociales pueden interpretarse también como garantías de ese “mínimo vital” sin el cual la libertad (o la participación libre y sin restricciones) no puede realizarse efectivamente. Pero si se atiende a esta última consideración y se responde afirmativamente ya tenemos un Juez constitucional interfiriendo en la política económica y social del país.<sup>36</sup>

## 2. A modo de conclusión

(1) De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que muchos de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, sobre todo por sus fricciones con el legislador democrático, traen causa de la existencia de *constituciones materiales*, cargadas de principios de justicia abiertos e inconcretos y tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de

---

<sup>(36)</sup> Sobre ello ha llamado la atención C. S. Nino, “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989).

ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional.

(2) El propio Kelsen defendía un concepto de constitución como regulación *formal* de los modos de producción normativa, y en todo caso recomendaba una redacción *detallada* de los preceptos relativos a derechos fundamentales, porque advertía ya los problemas que generaría una constitución que contuviera principios materiales de justicia: “no es imposible — escribía el autor en *La garantía constitucional de la Constitución* — que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar. Pero entonces, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley”.<sup>37</sup> Es verdad que este es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

(3) Ahora bien, la solución de los problemas que generan las constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una constitución formal, a lo Kelsen, pues una Constitución así de “descarnada” hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo, de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los derechos y principios de justicia, al expresar valores y fines respaldados en mayor o menor grado por los diversos grupos sociales, posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural.<sup>38</sup> Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder (también del legislativo) es necesario concebir la constitución no ya (o no

<sup>(37)</sup> H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, cit., p. 143; y *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid, Tecnos, 1995, pp. 33 y 34.

<sup>(38)</sup> A título de ejemplo, esta virtualidad integradora de las constituciones de principios es destacada por G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, cit., y por V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit.

solo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurra la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (o una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la constitución no es la *formal* que establece *quién* decide y *cómo* se decide, sino la *sustancial* que establece *qué* es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

(4) Pero la solución tampoco puede consistir en auspiciar constituciones *de detalle* a fin de que el control de constitucionalidad sea más objetivo o menos discrecional, y ello porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfixia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la constitución (o sea, sin que ninguno de los valores constitucionales sea objeto de un sacrificio desproporcionado). Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción *abierta* de las constituciones de principios es justamente eso: que se traslada (o así debería ser) al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

(5) Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, parece que lo único que cabría hacer es diseñar los mecanismos para conjurar los riesgos de “gobierno del Juez constitucional”<sup>39</sup> y en todo caso pedir de la jurisdicción constitucional un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y de legalidad, por otro. Sólo si esta saludable contención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de

<sup>(39)</sup> Así, por ejemplo, desde la defensa de una forma débil de constitucionalismo —que en lo sustancial no comparto— P. de Lora ofrece una propuesta que estimo plausible y sugerente también en un constitucionalismo no débil: exigir que los tribunales constitucionales solo puedan proceder a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes cuando todos sus miembros estén de acuerdo con ello. “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en *Constitución: problemas filosóficos* (F. Laporta, coord.), pp. 345 ss.

producción democrática legislativa.

Naturalmente con ello no se pretende quitar un ápice de fuerza vinculante a la constitución. Significa tan sólo que la constitución, y especialmente su parte material o programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que puedan plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los cuales han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos. Por eso, tal vez no esté de más insistir también en la importancia técnica, pero sobre todo legitimadora, que presenta la *argumentación* en el ámbito de una jurisdicción constitucional que, más que ninguna otra, ha de hacer uso de valores, principios y, en general, normas de contenido sustantivo coincidentes con postulados morales.<sup>40</sup>

---

<sup>(40)</sup> Sobre la importancia de la función argumentación de la argumentación constitucional vid., últimamente, M. Iglesias, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, 23 (2000).

# EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO BOLIVIANO

José Antonio Rivera S. \*

## I. UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

Cumpliendo una etapa más del proceso constituyente re, los bolivianos y las bolivianas, mediante votación popular realizada el 25 de enero de 2009, procedieron a refrendar la Constitución sancionada por la Asamblea Legislativa; de manera que el Presidente de la República promulgó solemnemente el 7 de febrero de 2009.

Con la promulgación y publicación respectiva ha entrado en vigencia la Constitución, que en adelante regirá la vida institucional del Estado boliviano.

Es importante señalar que la nueva Constitución es el resultado de la decisión de los sectores sociales y políticos, que en el presente proceso

---

<sup>(\*)</sup> El autor es Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en: Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz; Universidad Andina Simón Bolívar; Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; Universidad Mayor San Andrés de La Paz; Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz; y Universidad Los Andes de La Paz; Profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Lima – Perú, de la Escuela Superior de Derecho de Mato Grosso – Brasil; Profesor Honorario de la Universidad de Huanuco – Perú; miembro de las siguientes instituciones académicas: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; miembro honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

constituyente son la mayoría; por lo tanto, es el pacto social y político de esa mayoría, aunque con una peligrosa exclusión de importantes sectores sociales, como los asentados en las áreas urbanas, o en los departamentos de Santa Cruz, Beni, Pando, Tarija y Chuquisaca.

La Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, expresa las demandas y aspiraciones de importantes sectores sociales que, histórica y tradicionalmente, fueron excluidos y marginados de la organización y diseño del nuevo Estado boliviano, del ejercicio del poder político, del régimen democrático, así como de la estructura económica – financiera, la estructura social y la estructura jurídica del Estado.

Empero, como toda obra humana tiene virtudes y grandes aciertos, pero también tremendas deficiencias, defectos y contradicciones.

Atendiendo una gentil invitación del maestro Domingo García Belaunde, presento una visión general de la Constitución y una descripción resumida del nuevo sistema constitucional del Estado boliviano en ella configurada.

## II. CARACTERIZACIÓN DEL ESTADO

La Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, en su art. 1º, caracteriza a Bolivia como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; fundado en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

El tipo de Estado adoptado se trata de un modelo de organización política, social, económica y cultural muy particular que, a pesar de incluir elementos del constitucionalismo clásico y el constitucionalismo contemporáneo, no se encuadra en los cánones ni moldes de la teoría constitucional ni la teoría política.

El modelo recoge elementos del constitucionalismo clásico en cuanto concierne al ejercicio del poder político al definir como unitario el Estado; lo que implica que Bolivia asumirá una organización estatal sobre la base de la unidad política y administrativa, lo que significa que el Estado asumirá una estructura piramidal en la que las órdenes desciendan hasta la base y los recursos ascienden desde la base hacia el vértice. Según la doctrina constitucional clásica el Estado Unitario, es aquel en el que el ejercicio del poder político queda centralizado territorialmente, es decir, el gobierno central asume toda la autoridad para regir la actividad interna del Estado, a través de un ordenamiento legal único que rige en todo su territorio; se caracteriza por la centralización de sus poderes, es decir, esta dotado de un centro único de

impulsión política, que acumula la totalidad de las atribuciones y funciones que corresponden a la persona jurídica estatal y consta de un solo aparato gubernamental, que lleva acabo toda las funciones del Estado; ello implica una soberanía única, por lo mismo un Poder Constituyente único; lo que en el plano jurídico se manifiesta en una Constitución y legislación única que rigen los destinos de todo el Estado. Esta forma puede tener su variable caracterizada como Estado Unitario complejo, aquel en el que se hace compatible la unidad constitucional y política con la desconcentración y la descentralización político administrativa, que puede darse por diversas formas, entre ellas la modalidad de las autonomías regionales o departamentales.

En el marco de la doctrina constitucionalismo contemporáneo, el Estado Social significa un modelo de organización social, política y económica que tiene su base en los valores supremos de la dignidad humana, la igualdad y la justicia, en el que la política estatal esté orientada a garantizarle a su población las condiciones básicas para una existencia digna de seres humanos, como seres dotados de un fin propio, y no cual simples medios para fines de otros; lo que significa que el papel del Estado no debe reducirse a resguardar el orden público y no interferir ni vulnerar las libertades de las personas, sino principalmente a contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer a todos sus nacionales las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar las necesidades materiales. Ello implica que, el Estado debe desplegar políticas orientadas, entre otras, a proteger y atender de manera especial a los sectores sociales con mayores desventajas, como aquellas que tengan debilidad manifiesta por su condición económica, por carencia de trabajo, o por la disminución de su capacidad física, prestándoles asistencia y protección necesarias en el marco de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

De otro lado, cabe señalar que según la doctrina constitucional, el Estado de Derecho significa que la actividad estatal se rige por un ordenamiento jurídico que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados; un ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución en la que se consagran los valores fundamentales como los máximos ideales de la sociedad; los principios fundamentales como los criterios rectores de la política interna y externa del Estado informando el ordenamiento jurídico y político; los derechos fundamentales y garantías constitucionales, como el límite natural al poder del Estado, así como del propio poder individual de las personas frente a las otras. Un Estado de Derecho tiene por finalidad mantener un clima de convivencia pacífica y armonía social, sobre la base del respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, asegurando al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia, tanto estatal como particular, reprimiendo, incluso con la fuerza,



las actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad y ponen en riesgo la vida, la salud y la dignidad humana.

Con relación al Estado Plurinacional, corresponde señalar que no es posible encuadrarlo en la doctrina constitucional clásica ni contemporánea; pues se trata de una nueva modalidad de organización política de la sociedad que, como manifiestan sus impulsores, se trata de “un modelo de organización social y política para la descolonización de las naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo la autonomía territorial”. De manera que siguiendo los fundamentos expuestos en los debates de la Comisión de Visión de Estado por quienes lo sustentan, podríamos inferir que se trata de un modelo de Estado que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y Gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales; lo que implica que, en este modelo de Estado se parte del concepto de nación política, y no solamente del concepto de nación cultural; de lo que podría concluirse que se trata de un Estado compuesto o asociado próximo a un Estado Federativo – autónómico, ya no de un Estado uninacional.

Respecto al Estado Comunitario, cabe señalar que según la doctrina se sustenta en la escuela social y política del comunitarismo, que como sugiere Amitai Etzioni, en su libro *La Nueva regla de Oro*, pasa por encima de la vieja discusión entre pensamientos de izquierda o de derecha y sugiere una tercera filosofía social. La razón básica que hace indispensable este reordenamiento es que el mapa izquierda-derecha se centra en el papel del gobierno en contraposición con el sector privado y en la autoridad del Estado en contraposición con el individuo”; de manera que el eje de reflexión para el comunitarismo, más allá del dualismo Izquierda-Derecha, es la relación entre la persona y la comunidad, las necesarias autonomías y libertades para la persona en un proyecto democrático y el necesario orden para que la comunidad logre formas de justicia integral. Entre algunas de las características del comunitarismo se pueden identificar las siguientes: su visión central es la digna distribución de riqueza económica, poder político y poder cultural; propone una concurrencia del Estado, del mercado y de un fuerte sector de empresariedad social y solidaria en la gestión del bien común; supera la visión dualista privado vs. público, y reconoce la necesaria concurrencia de estos dos sectores, con sus respectivas lógicas económicas y formas jurídicas en la gestión del bien común; en la perspectiva comunitarista, el mercado, el Estado y los emprendimientos solidarios han de contribuir en la generación de riqueza económica, en su justa distribución y en el desarrollo de capital

social de toda comunidad; afirma la necesidad de entender la democracia no sólo como un procedimiento sino también como la construcción cotidiana de actitudes y hábitos que permitan hacer trámite creativo de la diversidad, de la complejidad de intereses y conflictos que transitan por la trama social de las comunidades contemporáneas; tiene un fundamento antropológico, la persona, que supera la visión individualista de estirpe liberal privatista y también trasciende aquella visión que reduce al ser humano a ser solo un ciudadano preocupado por la construcción de lo público estatal; en la perspectiva comunitarista, la solidaridad, y el acto de solidarizarse, se lee como un derecho que tiene toda persona u organización, el cual se puede ejercer de manera autónoma y gozosa, satisfaciendo los intereses propios y de los otros, llegando a ella por persuasión y seducción. Esta modalidad de Estado fue propuesta por el Presidente de Colombia Álvaro Uribe, como parte de lo que denominó como “Plan Nacional de Desarrollo 2002–2006. Hacia un Estado Comunitario”, para lograr la “seguridad democrática” en Colombia.

Ahora bien, corresponde señalar que el Estado Comunitario, asumido en la Constitución, difiere en absoluto del modelo referido precedentemente; considero que se trata de un modelo particular, pues entiendo que en la concepción de los autores de la Constitución y de quienes la aprobaron, implica un modelo de Estado que institucionaliza “...la fuerza participativa de las colectividades sociales: sindicatos, gremios, movimientos sociales, comités cívicos, como un segundo piso de la institucionalidad democrática”, de manera que “...esas organizaciones, en lugar de ir por fuera de las instituciones, se canalicen en las propias instituciones”, convirtiéndose “... en un nivel de consulta para tratar asuntos estratégicos del país con estas organizaciones sociales de manera institucionalizada”, y de esa forma “... la sociedad civil organizada tenga una participación permanente en las grandes decisiones del Estado”.<sup>1</sup> Según sostienen, Comunitario no es agrario, tampoco es un regreso al Tahuantinsuyo; Comunitario es reconocimiento de las colectividades de la sociedad civil en su lógica y dinámica política y democrática; de manera que, en la dimensión que se propone, el Estado Comunitario podría ser el equilibrio perfecto entre la sociedad política totalizadora y la sociedad civil democratizadora.

Como se podrá advertir, el nuevo modelo de Estado adoptado en la Constitución no es propiamente original pero si es muy particular, que plantea una reforma estructural.

De una interpretación literal de la norma constitucional prevista por el art. 1 de la Constitución se podría apresurar la conclusión de que

<sup>(1)</sup> Los fundamentos glosados han sido extraídos de una entrevistas conferida por el Vicepresidente de la República, Alvaro García Linera, al matutino La Prensa, el 21 de febrero de 2007, para explicar el modelo de Estado que proponía el MAS, para que se adopte en la nueva Constitución.

conlleva graves y serias contradicciones; sin embargo, de una interpretación sistemática y teleológica, tomando en cuenta el significado de cada uno de sus elementos caracterizadores, se podría concluir que no son tantas las contradicciones; así, por ejemplo, no resulta contradictorio el Estado Unitario con un régimen autonómico; pues un Estado con régimen autonómico es aquel en el que el Estado unitario distribuye el poder único entre poderes territoriales diversos, es decir, procede a la cesión del poder centralizado a las unidades territoriales.

En lo que sí es posible identificar una contradicción es entre el Estado Unitario y el Estado Plurinacional; ello tomando en cuenta la finalidad última que persigue la Constitución y la forma en que se ha configurado ese Estado Plurinacional. En efecto, como se tiene ya referido, esta nueva forma de Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones, que tienen su territorio, un sistema propio y particular de organización política, una estructura económica, un sistema jurídico propio, y el derecho a la libre determinación, que implica un autogobierno; entonces, ya no se trata de un Estado Uninacional, de un Estado único, sino de un Estado compuesto o consociacional; por lo tanto ya no se puede afirmar que es un Estado Unitario, tendría que haberse optado por un Estado Federal, que sería mas coherente con el carácter plurinacional.

Ahora bien, más allá de esa contradicción, que indudablemente puede dar lugar a un amplio y profundo debate con distintas posiciones<sup>2</sup>, cabe señalar que este es el cambio estructural consignado en la Constitución para superar uno de los problemas centrales de Bolivia, como es el de la exclusión y marginación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas del sistema constitucional, de la estructura política, social y económica; un cambio para superar el problema central de que Bolivia, a lo largo de su historia, no logró constituirse en un Estado con identidad y personalidad propia; con un sistema constitucional sólido, y un régimen social, económico y político de inclusión e integración, para construir un Estado unido en la diversidad; pues si bien es cierto que, a partir de la reforma constitucional del 94, se realizaron esfuerzos e intentos serios de revertir la situación de exclusión y marginación de los pueblos indígenas originario campesinos, expresando la voluntad política del Estado para incorporarlos e integrarlos a su estructura social, económica, política y jurídica, adoptando políticas y acciones, establecidas a través de disposiciones legales que desarrollan las normas de la Constitución; empero, esas acciones no fueron suficientes<sup>3</sup> para superar la situación de

---

<sup>(2)</sup> Válidamente unos podrán sostener que no existe contradicción alguna entre lo Unitario y lo Plurinacional y otros podrán sostener y sustentar que sí existe la contradicción.

<sup>(3)</sup> Si bien el proceso no fue suficiente, sin embargo no puede negarse que contribuyó a crear las condiciones necesarias para que los pueblos indígenas y comunidades campesinas puedan

exclusión e inequidad en la que aún se desenvuelven los pueblos indígenas originario campesinos, por el contrario la situación de inferioridad social, la discriminación y la pobreza se fueron acentuando en las últimas décadas. Por ello, la propuesta de configurar un Estado Plurinacional Comunitario se constituye en la reforma estructural, pues ello implica ver y entender de una nueva forma el Estado; adoptando un nuevo modelo de inclusión para reemplazar al actual modelo de exclusión y marginación.

### III. LA PARTE AXIOLÓGICA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

Según la doctrina constitucional contemporánea, todo sistema constitucional del Estado se configura sobre una base axiológica, referida al sistema de valores y principios fundamentales; y dogmática, referida a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Si bien la parte axiológica se incluía en el preámbulo de la Constitución, la tendencia actual es incorporar a la parte normativa, de manera que en ella en las normas de la Ley Fundamental se proclamen expresamente los valores supremos, así como los principios fundamentales sobre los que se configura y estructura el Estado.

Siguiendo esa tendencia la Constitución promulgada el 7 de febrero, proclama los valores supremos y los principios fundamentales sobre los que se configura el sistema constitucional boliviano.

#### 1. Los valores supremos como base de organización del estado

Como la base del nuevo sistema constitucional, el Constituyente ha proclamado los valores supremos, entendidos éstos como los ideales que la sociedad boliviana decide constituir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico, es decir, los fines a los cuales pretende llegar.

A diferencia de la Constitución reformada que proclamaba solamente los valores de la justicia, la igualdad y la libertad, el nuevo texto constitucional amplía proclama una amplia gama de valores supremos.

En efecto, las normas previstas por el art. 8.II de la Constitución proclaman los siguientes valores supremos, como base del sistema constitucional: la unidad; la igualdad; la inclusión; la dignidad; la libertad; la solidaridad; la reciprocidad; el respeto; la complementariedad; la armonía; la transparencia; el equilibrio; la igualdad de oportunidades; la equidad social y de

---

emerger en el escenario democrático con acciones políticas orientadas a lograr sus reivindicaciones, al grado que hoy precisamente los actores principales de este proceso constituyente son ellos.

género en la participación; el bienestar común; la responsabilidad; la justicia social; la distribución y redistribución de los productos y bienes sociales.

No cabe duda que, con referencia a la Constitución que fue reformada, se amplían considerablemente los valores supremos, aunque con algunos errores conceptuales, ya que confunde algunos principios fundamentales con valores supremos, así, por ejemplo, la responsabilidad.

## 2. Los principios Fundamentales como base de organización del Estado

De otro lado, como otro elemento esencial de la parte axiológica, el Constituyente ha proclamado los principios fundamentales, entendido como aquellos lineamientos esenciales que vertebran al Estado, presupuestos lógicos y las líneas rectoras o básicas del sistema constitucional.

En las normas previstas por el art. 8.I de la Constitución se proclaman expresamente los siguientes principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*; *ama llulla*; *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón); *suma qamaña* (vivir bien); *ñandereko* (vida armoniosa); *teko kavi* (vida buena); *ivi maraei* (tierra sin mal); y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).

Cabe señalar que del texto íntegro de la Constitución se puede inferir que existen otros principios fundamentales sobre los que se configura el sistema constitucional; entre los que se puede mencionar los siguientes: principio de soberanía popular (art. 7); principio de separación de funciones (art. 12); principio de supremacía de la Constitución (art. 410); principio de jerarquía normativa (art. 410); principio de irretroactividad de las leyes (art. 123); principio de reserva de Ley (art. 109.II); principio de responsabilidad del Estado (art. 113.I); principio de imprescriptibilidad de los delitos lesa humanidad, traición a la patria, genocidio, crímenes de guerra y delitos contra el medio ambiente (art. 111).

## IV. LA PARTE DOGMÁTICA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

La parte dogmática, como base del sistema constitucional de todo Estado, está constituida por las normas que consagran los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, así como las que definen los deberes fundamentales de las personas. En la Constitución promulgada el 7 de febrero, se consignan los tres elementos constitutivos de la dimensión dogmática.

### 1. Los derechos fundamentales

No cabe duda alguna que, entre los aspectos positivos de la nueva Constitución se tiene el gran avance en la positivación de los derechos

humanos consagrándolos como derechos fundamentales; de manera que, superando el catálogo resumido de la Constitución reformada, presenta un desarrollo extraordinario de los derechos fundamentales, consagrando, de un lado, un conjunto de derechos fundamentales orientados a mejorar la calidad de vida; complementando con la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, y de otro, los derechos colectivos o de los pueblos; y ampliando el catálogo de los derechos civiles y políticos; además de ello, la nueva Constitución no se detiene en la mera consagración declarativa de los derechos, al contrario establece, aunque de manera poco ordenada y sistemática, garantías constitucionales para el pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, imponiendo obligaciones negativas y algunas obligaciones positivas al Estado.

Tal es la importancia que le asigna la nueva de Constitución a los derechos fundamentales, que son 124 los artículos en los que se prevén normas que consagran derechos o constituyen obligaciones negativas o positivas para el Estado, a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio efectivo, y en su caso establecen garantías para su materialización, resguardo o protección.

Pero resulta que, precisamente en esa virtud de encarar el tema de los derechos fundamentales de manera amplia y detallada, la Constitución presenta algunas deficiencias; desde el hecho de incurrir en errores conceptuales, o consignar normas excesivamente desarrolladas invadiendo al ámbito legislativo, hasta el grado de presentar contradicciones e innecesarios excesos, que desnaturalizan los derechos fundamentales.

La nueva Constitución consagra los derechos fundamentales sobre las siguientes bases:

- a) Los principios configuradores de los derechos fundamentales, son: la inviolabilidad; la universalidad; la interdependencia; la indivisibilidad; y la progresividad, principios que servirán de base para la interpretación de las normas constitucionales en la materia.
- b) Impone al Estado el deber de promover, proteger y respetar los derechos fundamentales; garantizando el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de los derechos humanos.
- c) Determina la prohibición de toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras; sancionando cualquier conducta, acto u omisión de discriminación.

- d) El reconoce la categoría supraconstitucional de los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, en la jerarquía normativa que regirá en el Estado.
- e) Define que la interpretación de las normas de la Constitución sobre derechos fundamentales, se realizará de conformidad con las normas de los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, cuando éstas sean más favorables.

En el Capítulo Segundo, del Título II, la Constitución consagra, como derechos fundamentales, un grupo de derechos orientados a mejorar la calidad de vida, por lo que tanto para garantizar la realización de la dignidad humana de toda persona, derechos para mejorar la calidad de vida de las personas.

En efecto, consagra como derechos fundamentales los siguientes: el derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual; el derecho a la salud; el derecho al agua; el derecho a la alimentación; derecho a la educación; el derecho a un hábitad; el derecho a la vivienda; derecho de acceso universal y equitativo a los servicios básicos.

En su Capítulo Tercero, del Título II, la Constitución consagra los derechos individuales civiles y políticos, ampliando el catálogo reducido que contenía la Constitución abrogada; así, se puede advertir que incorpora en el catálogo el derecho a la autoidentificación cultural; derecho a la intimidad, los derechos al honor, la honra, la dignidad y la imagen; la libertad de conciencia y religión, derecho a la información, el derecho a la ciudadanía, y el derecho al asilo; sin embargo, omite incorporar otros derecho como el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, pues lo proclama como garantía constitucional no como derecho fundamental; también omite consagrar el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre, entre otros.

En el Capítulo Cuarto, del Título II, la Constitución consagra los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Esta consagración constituye un significativo avance el proceso de constitucionalización de los derechos humanos; sin embargo cabe advertir que el constituyente incurre en un error de reduccionismo; toda vez que reduce los derechos colectivos o de los pueblos a un solo colectivo social del Estado, concretamente al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En efecto, la Constitución, en su art. 30, conceptualizando a la nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española; consagra los derechos de ese colectivo social.

En el Capítulo Quinto, del Título II, la nueva Constitución consagra los derechos sociales y económicos, como el derecho al medio ambiente; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho al trabajo y al empleo; el derecho a la propiedad; los derechos de la niñez, adolescencia y juventud; los derechos de las familias; los derechos de las personas adultas mayores; los derechos de las personas con discapacidad; los derechos de las personas privadas de libertad; los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores. En el Capítulo Sexto los derechos a la educación, interculturalidad y derechos culturales, como el derecho a la educación; el derecho a la educación superior; el derecho a las culturas; el derecho a la ciencia, tecnología e investigación; el derecho al deporte y recreación; en el Capítulo Séptimo se consagra el derecho a la comunicación social.

Algo que corresponde destacar es que, la Constitución a tiempo de consagrar los derechos económicos, sociales y culturales, impone las obligaciones positivas al Estado, para que adopte políticas administrativas y legislativas a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio efectivo.

Cabe también advertir que la nueva Constitución incurre en algunos excesos de prever normas reglamentarias que debieron ser reguladas en la legislación orgánica; además introduce un conjunto de principios y propósitos que, en algunos casos, no responden a la realidad económica, social y política del Estado lo que podría provocar que los derechos consagrados no sean concretizados generando frustraciones colectivas.

## **2. Las garantías constitucionales**

Con relación a las Garantías Constitucionales, la Constitución promulgada el 07 de febrero presenta graves errores conceptuales y de sistemática constitucional, así como imprevisiones e imprecisiones.

En primer lugar, el Constituyente incurrió en errores conceptuales respecto a las garantías constitucionales, pues no tuvo presente que las garantías constitucionales son los institutos jurídico – constitucionales que tienen la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos fundamentales, así como de proteger los derechos fundamentales contra las restricciones o supresiones ilegales e indebidas; por ello existen garantías normativas y garantías jurisdiccionales. Tampoco tuvo claridad respecto a que las garantías normativas son de dos clases; las garantías normativas que imponen al Estado y los particulares obligaciones negativas para no invadir la esfera de la autodeterminación personal, que se constituye en la base de los derechos civiles y políticos; y las garantías normativas que imponen al Estado obligaciones positivas para adoptar políticas de orden legislativo, administrativo y jurisdiccional a objeto de



crear las condiciones necesarias para la realización, el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos económicos, sociales, culturales y derechos colectivos o de los pueblos.

En segundo lugar, debido a los errores conceptuales anotados, la Constitución reduce las garantías constitucionales a las jurisdiccionales, no otra cosa significa que el Título IV de la Primera Parte lleva el *nomen juris* de “Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”; empero, en una reiteración de los errores conceptuales, en el Capítulo Primero del referido Título, con el *nomen juris* de Garantías Jurisdiccionales, consigna disposiciones constitucionales que consagran garantías normativas para garantizar el goce pleno de los derechos del ámbito de autodeterminación de la persona, es decir, los derechos individuales, imponiendo obligaciones negativas; omitiendo imponer obligaciones positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos colectivos o de los pueblos.

En el contexto descrito, la Constitución consigna normas de naturaleza penal, cuya regulación corresponde al Código Penal. En efecto, el art. 112 establece la imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio del Estado cometido por los servidores públicos; ello debe estar regulado por la Ley sustantiva penal y no por la Constitución. De otro lado, el art. 124 tipifica el delito de traición a la patria, desnaturalizando la esencia de la Constitución, ya que esa tipificación corresponde al Código Penal.

Debido a un error conceptual, la Constitución proclama como garantía constitucional al debido proceso, repitiendo el error de la Constitución abrogada, siendo así que en los tratados y convenciones internacionales ya se lo consagra como un derecho humano de las personas; además, el proyecto aborda el tratamiento del debido proceso de una manera desagregada en cuanto a sus elementos constitutivos, cuando lo correcto era consagrarlo como un derecho fundamental, en un solo artículo, describiendo su contenido esencial, y las garantías mínimas para el ámbito penal. La Constitución consagra el debido proceso y sus elementos o contenido esencial de manera desagregada en los arts. 116.I, 117, 119 al 121; ello constituye un error, ya que en la aflicción de la Constitución conduce a errores.

De otro lado, en lo que concierne a las garantías jurisdiccionales, que son aquellos remedios jurídicos para restituir o restablecer los derechos fundamentales vulnerados, restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida, el proyecto de Constitución cambia innecesariamente la denominación de las acciones tutelares como el Hábeas Corpus, por Acción de Libertad, y el Hábeas Data por la Acción de Protección de Privacidad, lo que podría generar un efecto negativo de desorientación en los ciudadanos y ciudadanas que ya conocen a las acciones tutelares por los nombres originales.

Finalmente, si bien resulta importante la creación de nuevas acciones tutelares como la Acción de Cumplimiento y la Acción Popular, resulta que ese avance se ve afectado por el establecimiento de la legitimación activa popular para el recurso de inconstitucionalidad; lo que en la práctica significa que cualquier persona puede plantear el recurso para impugnar leyes, decretos o resoluciones no judiciales, ello generará una sobrecarga procesal, provocando la retardación de justicia que neutraliza la sustanciación de las acciones tutelares del amparo constitucional, el hábeas corpus o hábeas data. Esta afirmación tiene su sustento en datos fácticos, entre los que se pueden mencionar dos; en primer lugar, los datos estadísticos registrados por el Tribunal Constitucional que demuestran que en ocho años de ejercicio jurisdiccional el índice de crecimiento de los procesos constitucionales ingresados a ese órgano fue del orden del 20% anual, lo que implica que en cinco años se duplican el número de causas ingresadas, cuando existe restricción en la legitimación activa para recursos de inconstitucionalidad, y solamente se tramitaban dos acciones tutelares, el hábeas corpus y el amparo constitucional, si se incorporan dos nuevas acciones tutelares como son la acción de cumplimiento y la acción popular, de un lado, y se concede legitimación activa popular, de otro, es posible concluir que el número de causas se incrementarán considerablemente provocando una retardación de justicia; en segundo lugar, la posición obstruccionista que asumen personas que circunstancialmente estén en oposición no estén de acuerdo con una política de gobierno aprobada por Ley, Decreto o Resolución no judicial; esas personas impugnarán las disposiciones legales mediante el recurso de inconstitucionalidad; entonces resulta razonable deducir que se generará un incremento en el número de recursos de inconstitucionalidad.

### **3. Los deberes fundamentales**

Con relación a los deberes fundamentales de la persona para con el Estado, cabe señalar que la Constitución promulgada el 07 de febrero, en su Título III, de la Primera Parte, amplía el catálogo que fue previsto por la Constitución abrogada; así, impone como deberes el conocer, respetar y promover los derechos por ella consagrados; Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución; defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar la cultura de paz; denunciar y combatir todos los actos de corrupción; socorrer con todo el apoyo necesario, en casos de desastres naturales y otras contingencias; defender la unidad, la soberanía y la integridad territorial de Bolivia, y respetar sus símbolos y valores; resguardar, defender y proteger el patrimonio natural, económico y cultural de Bolivia; proteger y defender los

recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones; y proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos.

Los nombrados son los deberes que amplían el catálogo que estuvo previsto por la Constitución abrogada.

## **V. LA PARTE ORGÁNICA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO**

En la parte orgánica de la Constitución se consignan normas que regulan la organización y estructura interna del Estado, como parte del sistema constitucional; lo que significa que se consignan normas que definen la estructura social; la estructura económica – financiera, la estructura jurídica, y finalmente la estructura política, lo que supone la regulación del ejercicio del poder político del Estado, definiendo el régimen de gobierno, los sistemas de representación política, la conformación y atribuciones de los órganos del poder constituido, la distribución territorial del ejercicio del poder político.

En la segunda, tercera y cuarta partes de la Constitución promulgada el 7 de febrero, se consignan las normas orgánicas que regulan la parte orgánica del Estado boliviano; estructura orgánica que la describimos resumidamente.

### **1. La estructura social**

Para superar integral y definitivamente la histórica exclusión y marginación, el Constituyente ha reformulado la definición y articulación de la estructura social; misma que, según el preámbulo, tiene su base de sustentación en "...el respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra".

Empero, en ese propósito de reparar la exclusión y marginación de la que fueron objeto los pueblos indígenas originarios, el Constituyente incurre en algunos excesos que, en vez de superar los errores históricos de los grupos de poder económico y político que lideraron el Estado en el pasado; pues introduce factores que darán lugar a tratos discriminatorios e incluso a exclusiones y marginaciones de los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. Lo que implica que en el fondo la nueva Constitución no supera el problema histórico de la marginación y exclusión, solamente cambia de sujetos y actores, pues los que en el pasado fueron objeto de exclusión y marginación se consolidarán en el ejercicio del poder político, es más tendrán hegemonía, y los restantes bolivianos y bolivianas que fueron parte de la estructura social del Estado serán excluidos y marginados.

La hipótesis que antecede tiene su sustento en la forma en que la nueva Constitución ha configurado la estructura social del Estado, creando dos colectivos sociales, y el trato diferenciado que hace a esos colectivos en cuanto a su intervención y participación en el nuevo Estado. En efecto, la norma prevista por el art. 3 de la nueva Constitución define la estructura social del nuevo Estado, en los siguientes términos: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

El texto de la norma glosada fue incorporado por el Congreso Nacional, en los ajustes realizados, en sustitución del que originalmente fue aprobado por la Asamblea Constituyente que textualmente disponía lo siguiente: “El pueblo boliviano está conformado por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos pertenecientes a las áreas urbanas de diferentes clases sociales, a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las comunidades interculturales y afrobolivianas”.

Como se podrá advertir, la sustitución del texto no soluciona el problema de fondo, la división de los bolivianos y bolivianas en dos grupos o colectivos sociales, a partir de su origen étnico y su pertenencia a una entidad territorial. Es más, en el intento de “ajustar” la norma aprobada por la Asamblea Constituyente, el Congreso Nacional ha introducido elementos que producen graves contradicciones internas a la norma constitucional glosada.

La nueva Constitución nominalmente clasifica a los bolivianos y bolivianas que conforman la estructura social del Estado en tres grupos; uno conformado por los que pertenecen a las áreas urbanas; otro, conformado por los que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y otro, conformado por los que pertenecen a las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Aparentemente son tres grupos de bolivianos y bolivianas los que conforman la estructura social, pero en realidad solamente son dos colectivos sociales claramente diferenciados, uno del otro, sobre la base del origen étnico y del asentamiento territorial; ello se infiere de la revisión del texto íntegro de la nueva Constitución.

En un primer colectivo social se incluye a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, aunque el texto señala a la totalidad de bolivianos y bolivianas, pero luego hace referencia a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que también son bolivianos, por lo tanto no es la totalidad sino los que pertenecen a las áreas urbanas, como se definió originalmente. Ello significa que en él se incluye a todas aquellas

personas que se encuentran asentadas o domiciliadas en las capitales de Departamento, las ciudades intermedias, las capitales de provincias y de municipios.

En un segundo colectivo social se incluye a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; ello significa que en ese colectivo social se incluye a todas las personas que territorialmente se encuentran asentadas en las áreas no urbanas del territorio del Estado, sean estas personas indígenas originarios, que tienen una descendencia de las colectividades humanas cuya existencia es anterior a la colonización española; personas indígenas no originarios, es decir, aquellas que pertenecen a colectividades humanas cuya formación fue posterior a la colonización española; las personas que, sin ser indígenas, se encuentran asentadas en áreas rurales y se dedican a la producción agrícola y pecuaria, agrupándose en comunidades o sindicatos campesinos.

## **2. La estructura económico-financiera del Estado boliviano**

La Constitución promulgada el 7 de febrero, define que el modelo Económico del Estado es Plural, constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa, cuya finalidad es la mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todos los bolivianos y bolivianas; así se define en su art. 306. Este modelo económico es coherente con el modelo de Estado Plurinacional Comunitario; pues articula cuatro formas distintas de organización económica, con igualdad jurídica ante la Ley, dentro de un solo Estado, lo que importa cuatro modalidades de apropiación de los medios de producción. El modelo económico se configura sobre la base de los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

La organización económica comunitaria, según define la Constitución, comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos; lo que significa que se desarrollará sobre la base de sus usos y costumbres. Esta forma de organización económica recibirá especial atención de parte del Estado, que la reconocerá, respetará, protegerá y la promoverá a través de incentivos.

La organización económica estatal estará constituida, básicamente, por las empresas y otras entidades económicas de propiedad del Estado, que según lo previsto por el art. 309 de la Constitución, cumplirán los siguientes objetivos: administrar los derechos propietarios de los recursos naturales y ejercer el control estratégico de las cadenas productivas y los procesos

de industrialización de dichos recursos; administrar los servicios básicos de agua potable y alcantarillado directamente o por medio de empresas públicas, comunitarias, cooperativas o mixtas; producir directamente bienes y servicios; promover la democracia económica y el logro de la soberanía alimentaria de la población; y garantizar la participación y el control social sobre su organización y gestión, así como la participación de los trabajadores en la toma de decisiones y en los beneficios.

La organización económica privada será reconocida, respetada y protegida por el Estado; estará constituida por las iniciativas económicas del sector privado, esencialmente empresarial; que se configurará sobre la base del principio de libertad de empresa, que supone la constitucionalización de la libertad de creación y establecimiento de industria y comercio, se desarrollará sujeta a las leyes; tendrá como límites el sujetarse a la planificación de la actividad económica general, que estará bajo la dirección del Estado, y deberá convivir con los diversos derechos de carácter socioeconómico de los trabajadores.

Con relación a la organización económica social cooperativa, la Constitución define que el Estado reconocerá y protegerá a las organizaciones cooperativas como forma de trabajo solidario y de cooperación, bajo la condición de que no persigan fines de lucro, y promoverá a las cooperativas de producción; lo que supone que las actuales cooperativas que persiguen fines de lucro tendrán que cambiar su modalidad de organización para convertirse en empresas que forman parte de la organización económica privada.

Todas las formas de organización económica gozarán de igualdad jurídica ante la Ley; empero el Estado asumirá la dirección y la planificación de la economía; la planificación responderá a las siguientes finalidades: la prestacional, que supone atender a las necesidades colectivas; la de fomento, que significa el impulso de la actividad económica para lograr el crecimiento; la “reequilibradora de igualdad material en tres planos”: regional, sectorial e individual; la elaboración de proyectos; y el control social. El manejo de la economía estará sujeto al principio de la subordinación de la riqueza al interés general y de la planificación de la actividad económica. Según la norma prevista por el art. 316 de la Constitución la función del Estado en la Economía consiste en: conducir el proceso de planificación económica y social; dirigir la economía y regular los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios; ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía; participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales; promover la integración de las diferentes formas económicas de producción; promover prioritariamente la industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables; promover políticas de distribución equitativa de la riqueza y

de los recursos económicos del país; determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública; formular periódicamente el plan general de desarrollo; gestionar recursos económicos para la investigación, la asistencia técnica y la transferencia de tecnologías para promover actividades productivas y de industrialización; y regular la actividad aeronáutica en el espacio aéreo del país.

De lo referido se puede concluir que, si bien se define que la economía del Estado es plural, pero por la forma en que está diseñada la estructura económica se tiende hacia una economía con fuerte intervención estatal.

Con relación al régimen tributario del Estado, la Constitución determina que los mismos serán de dominio nacional, de dominio departamental y de dominio municipal, serán creados bajo los principios de la legalidad, capacidad económica, la generalidad, igualdad y progresividad. Respecto a las rentas, la Constitución las clasifica en nacional, departamental, indígena originario campesina, y municipal.

Respecto a la política fiscal del Estado la Constitución prevé que se regirá por los principios de la principio de previsibilidad del gasto público, la legalidad, la equidad, la eficiencia y la economía.

Con relación a los recursos naturales, la Constitución define que éstos son de propiedad del pueblo boliviano, administrados por el Estado; determina también que los recursos naturales renovables serán de aprovechamiento exclusivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El Estado asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos. Los hidrocarburos son de propiedad inalienable del pueblo, el Estado ejerce la propiedad de toda la producción y comercialización; asimismo el Estado es responsable de las riquezas mineralógicas. Asimismo el Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda; en ese ámbito se define que la extensión máxima de propiedad sobre la tierra será de 5.000 hectáreas. Aplicables a partir de la promulgación de la nueva Constitución para lo venidero; y las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente.

### **3. La estructura jurídica del Estado boliviano**

La Constitución promulgada el 7 de febrero, configura la estructura jurídica del Estado sobre la base de los principios de supremacía

constitucional y la jerarquía, proclamados por el art. 410; de otro lado introduce al bloque de constitucionalidad todos los tratados, pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos y sobre derecho comunitario o derecho de integración regional; con la advertencia de que si en la aplicación de un caso concreto existe un conflicto entre la norma constitucional y una norma de un tratado o convención internacional sobre derechos humanos, tendría primaria esta última, lo que implica que incluso en el bloque de constitucionalidad, en materia de protección de derechos humanos, los tratados y convenciones internacionales tienen rango supraconstitucional.

Sobre la base de los principios referidos, la norma prevista por el art. 411 de la Constitución, define los siguientes niveles jerárquicos de las normas y reglas que rigen en el Estado boliviano: a) el nivel constitucional, en el que se tendrán los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos y el derecho comunitario o derecho de integración regional; luego la Constitución; b) el nivel de las normas convencionales internacionales, constituida por los tratados y convenciones internacionales que no se refieren a los derechos humanos, es decir, los tratados y convenciones de materia comercial, consular, económica, etc.; c) el nivel de la legislación ordinaria, constituido por Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena; y d) el nivel reglamentario, constituido por los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

#### **4. La estructura política del Estado boliviano**

La estructura política, referida al ejercicio del poder político, en la Constitución promulgada el 07 de febrero, está configurada sobre la base de los principios fundamentales de la soberanía popular, la separación de funciones o la distribución horizontal y territorial o vertical del ejercicio del poder político; el pluralismo político, con las siguientes características esenciales:

##### *4.1. El régimen de gobierno*

Respecto al régimen de gobierno, la Constitución, en su art. 11 modificado en el Congreso Nacional, haciendo referencia a la República de Bolivia, no así al Estado republicano, define que será el democrático participativo, representativo y comunitario, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. De otro lado, la referida disposición constitucional define las formas en que se ejercerá el régimen de gobierno democrático. Con relación a la democracia Directa y participativa, define que se la ejercerá por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la



revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Respecto a la democracia representativa, determina que se la ejercerá por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. Con relación a la democracia comunitaria, define que se la ejercerá por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

Según la doctrina constitucional contemporánea el régimen democrático entraña distintas características del régimen político. De un lado, que los titulares del poder público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones basadas en el sufragio universal; y de otro, la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se exprese en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos como el referéndum popular, la planificación participativa, así como el control social y la iniciativa legislativa; y, finalmente, que la democracia sea expresada como la capacidad de respeto a los demás, la capacidad del diálogo y el respeto por la discrepancia, de manera tal que la voluntad de las mayorías no pueda llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de las personas.

El régimen de gobierno democrático definido en la nueva Constitución tiene sus particularidades; toda vez que se trata de una democracia compuesta, ya que combina las formas tradicionales del ejercicio de la democracia, como son la democracia indirecta o representativa y la democracia semidirecta o participativa, con una forma particular y propia de ejercicio democrático, como es la democracia comunitaria. Se trata de un régimen que combina las instituciones del Estado demoliberal con las de un nuevo modelo de Estado Plurinacional Comunitario.

Según la doctrina constitucional, la democracia participativa o semidirecta es el régimen de gobierno en el que el pueblo ejerce directamente una parte de su soberanía, al concurrir a la toma de decisiones políticas trascendentales para el Estado mediante mecanismos e instituciones creadas para el efecto, y delega el ejercicio de otra parte de su soberanía a sus mandatarios o representantes. Es un régimen de gobierno en el que, si bien el pueblo elige a sus mandatarios y representantes, la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos previstos por la Constitución, como son el referéndum popular, el plebiscito, la planificación participativa y el control social, la

iniciativa legislativa, la revocatoria de mandato, y otras formas particulares que crea cada Estado.

En cambio, la democracia indirecta o representativa, es un régimen de gobierno en el que el pueblo, como titular de la soberanía, delega el ejercicio de la misma a sus mandatarios y representantes elegidos en elecciones libres, pluralistas e igualitarias. Es un régimen contrapuesto a la democracia directa, que se instituyó y practicó en las Ciudades - Estado de la antigua Grecia. Es el régimen de gobierno adoptado en el Estado Liberal, sustentado en el valor libertad que implica la autodeterminación individual, y tiene como elementos constitutivos, de un lado, las elecciones como mecanismo para la delegación del ejercicio de la soberanía; y, de otro, la responsabilidad de los mandatarios y representantes ante el elector.

Según la doctrina constitucional, la democracia comunitaria es el régimen de gobierno en el que la toma de decisiones es compartida entre el Estado y la sociedad, donde prima el consenso en la toma de decisiones; es un régimen de gobierno que pone énfasis en procedimientos que aseguran la participación en las decisiones que conciernen a todas las personas situadas en una sociedad y su control sobre quienes las representen. No se basa en la competencia partidista sino en el principio del acuerdo. Su idea regulativa es evitar la exclusión. Frente al individualismo competitivo de la democracia liberal, esta alternativa de democracia consolidaría los lazos que constituyen una comunidad.

En la visión de los autores de la nueva Constitución, se entiende que democrático comunitario es aquel régimen de gobierno que se configura sobre la base del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; por lo mismo, en el reconocimiento de los sistemas y mecanismos de intervención, procedimientos propios y particulares de gestión de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, reconociendo sus valores y principios propios y exclusivos que no pueden ser desconocidos ni suplantados; en suma, es un régimen de gobierno estructurado y practicado sobre la base de los usos y costumbres, así como los principios y valores, de los pueblos indígenas originario campesinos.

La reforma introducida por el Constituyente al régimen de gobierno, es la referida a la democracia comunitaria; pues habrá de recordar que en la reforma constitucional de 2004 ya se modificó el régimen de gobierno adoptando la democracia representativa y participativa, introduciendo mecanismos de participación popular como la iniciativa legislativa ciudadana, y el referéndum popular.

#### 4.2. *El sistema de ejercicio de la representación ciudadana*

Con el *nomen juris* "Representación Política", la Constitución, define la titularidad del ejercicio de la representación ciudadana en el proceso

de conformación de los órganos del poder constituido del Estado y del ejercicio mismo del poder público.

La definición referida tiene su base en dos elementos esenciales; el primero, la ruptura del monopolio de los partidos políticos sin prescindir de ellos, que son importantes para la consolidación del sistema democrático; y el segundo, la expresión de la diversidad social del Estado boliviano que es multiétnico y pluricultural; en la medida en que permitirá la presencia efectiva de los diversos sectores sociales organizados en la estructura de los órganos del poder constituido estatal, departamental, regional y local, sin necesidad de pertenecer a un partido político.

Conforme dispone el art. 209 la Constitución, la titularidad del ejercicio de la representación ciudadana la tienen las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos. La norma consigna en primer lugar a los pueblos indígenas originario campesinos, y en último lugar a los partidos políticos; no se trata de una mera inversión del orden, se trata de toda una visión de fondo, en el sentido de que los actores centrales del nuevo régimen democrático son los pueblos indígenas originario campesinos, y la finalidad de construir un régimen con hegemonía de estos sectores sociales.

Esta modalidad de institucionalizar la amplia participación ciudadana en el ejercicio de la representación ciudadana tiende a fortalecer el sistema democrático, en la medida en que permitirá, por una parte, la presencia de los diversos sectores sociales en los órganos del poder político estatal, departamental, regional y local, asimismo dará lugar a que los representantes logren mayor representatividad y legitimidad en su mandato; finalmente, al reconocer la titularidad del ejercicio de la representación popular a instituciones paralelas a los partidos políticos, obligará a éstos a encarar un proceso profundo de cambios y transformaciones con miras a recuperar la credibilidad y legitimidad ante el pueblo para seguir desarrollando la labor de mediación entre la Sociedad civil y el Estado.

Se puede afirmar que la representación política tendrá un cambio cualitativo; pues ésta será más genuina y dará lugar a una relación más directa entre ciudadano y representante; y la acción del representante estará orientada a dar respuestas concretas y encontrar soluciones efectivas para la comunidad o la región, antes que a responder a consignas sectarias. Pero, de otro lado, se puede señalar también eventuales consecuencias negativas de ese cambio, como el que la elección de personas representativas de estructuras sociales organizadas sin vínculo alguno con partidos políticos, fundamentalmente el partido gobernante, podría incidir negativamente en la gobernabilidad, pues sería más difícil establecer una relación política formal entre el diputado o representante departamental que se debe más a

su representatividad, a su estructura social y su región, que se mueven en una lógica diferente, que a un partido que se mueve dentro de otra lógica.

#### *4.3. Los órganos del poder constituido y su sistema de elección*

Según la norma prevista por el art. 12 de la Constitución, el ejercicio del poder político del Estado en el nivel nacional está encomendado a cuatro órganos del poder constituido, como son el Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral; además de organismos autónomos creados bajo la figura de funciones estatales, como son la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado.

Con relación a los órganos del poder constituido, las reformas introducidas por el Constituyente no afectan el núcleo esencial de la configuración prevista por la Constitución abrogada; toda vez que con relación al órgano legislativo mantiene su configuración; lo propio con relación al órgano Ejecutivo, al margen de haber acentuado el presidencialismo e institucionalizar la Vicepresidencia del Estado como parte del Ejecutivo con ingerencia en el órgano legislativo, no introduce mayores cambios; con relación al órgano Judicial, la modificación se centra en la incorporación de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina al sistema judicial, y la modalidad de elección de las altas autoridades del órgano Judicial. La reforma importante que introduce el Constituyente es la de haber elevado al rango de órgano del poder constituido al organismo Electoral, que en la Constitución abrogada simplemente era calificado como organismo autónomo.

La otra reforma introducida es la relacionada con el cambio a la categoría de funciones del Estado a los organismos de control gubernamental, de defensa a la Sociedad, y de defensa de la persona; así como del Estado, como funciones del Estado. La Constitución, en su Título V, de la Segunda Parte, arts. 213 al 231, cataloga a los referidos órganos como funciones del Estado, creando como un nuevo órgano constitucional a la Procuraduría General del Estado.

##### *4.3.1. El órgano Ejecutivo en el marco del régimen presidencialista*

Como se tiene ya referido anteriormente, el órgano Ejecutivo, según las normas previstas por el art. 165 de la Constitución, se ejerce por el Presidente del Estado, el Vicepresidente del Estado y los Ministros de Estado; a los que indudablemente se integrarán los demás funcionarios y servidores de las unidades o estructuras creadas y definidas por la respectiva Ley Orgánica del órgano Ejecutivo, aunque el Constituyente omitió hacer la remisión legislativa para definir la estructura completa del mencionado órgano del poder constituido.

Esa configuración se inscribe en el régimen de Gobierno Presidencialista, toda vez que el Presidente concentra para sí todo el poder político en la conducción del Estado, pues es a la vez el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, su investidura deriva directamente de la voluntad ciudadana expresada en las elecciones populares por voto directo; por lo tanto, no tiene responsabilidad política ante la Asamblea Legislativa Plurinacional; lo que significa que ésta no puede destituirle del cargo, quien puede revocarle el mandato es el pueblo que lo eligió; en contrapartida, el Presidente del Estado no puede disolver la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En el marco de ese régimen Presidencialista, según las normas previstas por los arts. 165, y 172, es el Presidente del Estado el que representa al Estado boliviano ante la comunidad internacional, por lo tanto asume la dirección de la política externa e internacional del Estado; también es él quien asume la máxima Jefatura del Estado, pues es él quien propone y dirige las políticas de gobierno y de Estado, dirige la administración pública y coordina la acción de los Ministros de Estado, a cuyo efecto designa, remueve o destituye a éstos, sin ninguna participación o intervención de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por añadidura, por previsión expresa del art. 176 de la Constitución, uno de los requisitos para ser designado Ministro de Estado es no formar parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Es importante señalar que, si bien es cierto que entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la nueva Constitución en su art. 158.18<sup>a</sup>, con una imprecisa redacción, consigna la de interpelar y censurar a los Ministros de Estado y que la censura implicará la destitución de esa autoridad; no es menos cierto que no es directamente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que destituye, sino es el Presidente, como Jefe de Estado, quien lo destituye y, en su caso, le ratifica la confianza; no podría interpretarse de otra manera la norma prevista por el art. 158.18<sup>a</sup> de esta Constitución, toda vez que tomando en cuenta que los Ministros de Estado son designados por el Presidente sin el voto de confianza del parlamento, no resultaría coherente que los Ministros de Estado tengan responsabilidad política ante el Parlamento, de manera que éste pueda destituirlos directamente desconociendo la voluntad política del Presidente del Estado.

Otro elemento caracterizador del régimen Presidencialista es la asignación de atribuciones que hace la nueva Constitución, toda vez que como una forma de personalizar el órgano Ejecutivo en el Presidente del Estado, en su art. 172 asigna atribuciones a esta alta autoridad y no al órgano Ejecutivo, como debiera ser correctamente; pues siendo así que el órgano Ejecutivo se ejerce por el Presidente del Estado, Vicepresidente del Estado y Ministros de Estado lo coherente es definir de manera general las atribuciones del órgano, para luego recién definir las atribuciones específicas de las autoridades que ejercen la función Ejecutiva del Estado.

Con relación al sistema político, en general y, el órgano Ejecutivo, en particular, la reforma introducida en la Constitución, no tiene mayor trascendencia; pues no se trata de una verdadera reforma orientada a superar uno de los componentes de la crisis del Estado, como es el régimen Presidencialista que ha dado lugar, de un lado, a la construcción de un caudillismo en torno al Presidente que se constituye en el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe del Partido Político o del Movimiento Político Social, que ha contribuido a la crisis de los partidos políticos, y contribuirá también a la crisis de las agrupaciones ciudadanas y, a la larga, de los movimientos político – sociales; y, de otro, a que en situación de una grave crisis política y social, no se pueda encontrar una solución democrática sin afectar a la unidad nacional ni la seguridad jurídica, removiendo simplemente al Jefe de Gabinete Ministerial.

Tomando en cuenta esa realidad de la crisis del sistema político y el régimen de gobierno, era de esperar que se introduzca una profunda reforma; sin que ello signifique que se asimilen modelos que no son aplicables a nuestra realidad, como es el parlamentarismo; pues el reto era configurar un sistema particular, a partir de una distribución de funciones entre el Jefe de Estado y el Jefe del Gabinete Económico – Social, función que muy bien se pudo haber asignado al Vicepresidente del Estado; de manera que, abandonando el régimen Presidencialista, sin llegar al régimen Parlamentario, se hubiese configurado un régimen apropiado a la realidad nacional.

#### *4.3.2. El Órgano Legislativo Bicameral*

Según las normas previstas por los arts. 145, 146 y 148 de la Constitución, el órgano legislativo reside en la Asamblea Legislativa Plurinacional, configurada bajo el sistema bicameral; lo que significa que estará conformada por dos cámaras, la Cámara de Diputados, integrada por 130 diputados; y la Cámara de Senadores, integrada por 36 miembros, con cuatro senadores por cada Departamento.

Cabe señalar que, con relación al órgano legislativo, el Constituyente no introdujo modificaciones profundas que respondan al desafío de enfrentar la crisis estructural del Estado; ni siquiera introdujo las reformas que demandaba la ciudadanía en general. Por una parte, mantiene la configuración prevista en la Constitución abrogada, sin realizar los ajustes necesarios al nuevo sistema de distribución territorial del poder político, es decir, al régimen de las autonomías; por lo tanto, no redefine las funciones y competencias de las cámaras legislativas para adecuarlas a la descentralización política que propone esta nueva Constitución mediante al régimen de las autonomías. Por otra parte, con relación al número de

miembros del órgano Legislativo, siendo así que la demanda ciudadana era la reducción del número, en la Constitución vigente se incrementa de 157 a 166 miembros. Por lo demás, la modificación introducida por el Constituyente es la referida a la creación de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas.

A objeto de una mejor comprensión del problema referido a la configuración del órgano Legislativo; resulta necesario señalar que el sistema que cada Estado adopte, sea unicameral o bicameral, ya no responde a criterios de clase social, como fue en los orígenes del Parlamento en el constitucionalismo Inglés; responde a dos razones esenciales. La primera, la modalidad de distribución territorial en el ejercicio del poder político; de ahí que en los Estados que asumen una modalidad concentrada del ejercicio del poder político (Estado Unitario Centralizado) el Legislativo debe ser unicameral, pues no tiene sentido contar con una segunda Cámara; en cambio, en los Estados que adoptan una modalidad de distribución territorial del ejercicio del poder político (Estado Federal o Estado Descentralizado) el Legislativo debe ser bicameral, con una Cámara de representación nacional y poblacional, con competencias sobre los asuntos nacionales o estatales; y una segunda Cámara de representación territorial, con competencias sobre los asuntos regionales. La segunda, la necesidad de establecer sistemas de controles intraórganos, para lograr pesos y contrapesos, de manera que, en la delicada tarea de legislar, exista una Cámara Revisora que pueda corregir los errores de la Cámara de Origen; y, además establecer un mínimo equilibrio político en la toma de decisiones trascendentales.

En el caso de la configuración adoptada en la nueva Constitución, pareciera que no responde precisamente a las razones expuestas, sino al posicionamiento de algunos sectores sociales; así se infiere de la distribución de competencias y atribuciones a las cámaras legislativas por los arts. 159 y 160 de la nueva Constitución. En efecto, la distribución de las competencias entre las cámaras legislativas no responde a esa nueva configuración de la distribución territorial del poder político, es decir a ese Estado "descentralizado y con autonomías", como lo caracteriza el art. 1º de la nueva Constitución; al contrario, casi reproduce la distribución efectuada en la Constitución abrogada, con pequeñas variaciones.

En un Estado descentralizado con autonomías, se entiende que la Cámara de Diputados debe constituirse en la Cámara de representación poblacional y nacional; en cambio la Cámara de Senadores, debe constituirse en la Cámara de representación territorial y regional. En consecuencia, las funciones y atribuciones deben ser distribuidas en función a esa nueva cualidad de las cámaras; lo que significa que la Cámara de Diputados debe desempeñar las funciones de control y fiscalización sobre los órganos

constitucionales de carácter nacional; cumplir funciones de gestión y representación en el nivel nacional; tomar decisiones políticas relacionadas con los temas del nivel nacional; en cambio la Cámara de Senadores, debe desempeñar las funciones de control y fiscalización sobre los órganos constitucionales del nivel subnacional, es decir, los órganos constitucionales de los gobiernos autónomos de los departamentos, regionales, municipios, así como las naciones y pueblos indígena originario campesinas; desarrollar las funciones de gestión y representación en los niveles subnacionales; tomar decisiones políticas en ese nivel subnacional. La función legislativa nacional debe ser desempeñada por ambas cámaras.

En lo que concierne al sistema electoral previsto por la Constitución para la elección de los asambleístas, cabe señalar que adopta dos sistemas; una para la elección de los asambleístas de la Cámara de Diputados, el sistema del doble voto; y otra para la elección de los asambleístas de la Cámara de Senadores, el sistema proporcional.

El sistema electoral adoptado para la elección de los diputados no ha variado con relación al previsto por la Constitución abrogada; pues se mantiene el sistema del doble voto, que consiste en elegir una mitad del total de miembros de la Cámara de Diputados en circunscripciones uninominales por simple mayoría de votos; y la otra mitad en circunscripciones plurinominales departamentales, por el sistema de representación que establece la Ley, se entiende será el sistema proporcional, con aplicación del método D'hondt, así se infiere de la norma prevista por el art. 146.IV de la nueva Constitución, que prevé que *"el número de Diputados debe reflejar la votación proporcional obtenida por cada partido, agrupación ciudadana o pueblo indígena"*; se entiende que al final del proceso electoral y efectuadas las adjudicaciones de escaños a los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas o naciones y pueblos indígena originarios, el número de escaños adjudicado a cada organización participante debe ser proporcional al número de votos obtenidos.

La modificación que se introduce en la nueva Constitución al sistema electoral de Diputados es la referida a la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinas, se entiende que será para garantizar que aquellas naciones y pueblos indígenas originario campesinas que constituyen la minoría poblacional en el Departamento respectivo tengan una representación efectiva en la Cámara de Diputados. Empero, esa reforma, al margen de constituir un factor de ponderación positiva, cuya finalidad es garantizar la hegemonía de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el ejercicio del poder político, en su formulación dispositiva conlleva un conjunto de imprecisiones, contradicciones e imprevisiones que en la aplicación de la constitución generarán graves conflictos.



Algo que llama la atención en la Constitución con relación a la conformación de la Asamblea Legislativa Plurinacional, es el tema de la equidad de género; toda vez que abandona su concepción reduccionista de pretender lograr un contenido con equidad de género utilizando la nomenclatura en femenino y masculino para designar a las altas autoridades del Estado; en lo que concierne a los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, ya no hace referencia a diputadas y diputados, senadores y senadoras. En compensación a ese abandono, de una manera incorrecta e impropia, en su art. 147.I, incluye una proclama formal que, en criterio del Constituyente, garantizará la equidad de género en la conformación del órgano Legislativo; la norma constitucional de referencia expresamente prevé lo siguiente: *“En la elección de asambleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres”*; la redacción del texto demuestra que la intención del constituyente no fue el imponer la equidad de género como principio rector, pues ello no se logra proclamando que en la elección se garantiza la igual participación; de lo que se trata es de prever mecanismos que garanticen que en la conformación del órgano Legislativo habrá una presencia igual de varones y mujeres; y dada la configuración del sistema electoral para la elección de Diputados no será posible lograr ese fin, ya que en las circunscripciones uninominales, dada la cultura machista, los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y las naciones y pueblos indígena originario campesinos inscribirán candidatos varones, y en las circunscripciones plurinominales inscribirán mujeres pero no en la franja de seguridad.

#### *4.3.3. El órgano Judicial y el pluralismo jurídico*

Como punto de partida del presente análisis, cabe señalar que las reformas introducidas por la nueva Constitución al sistema judicial, en general, y al órgano Judicial, en particular, no responden a los verdaderos retos y desafíos de mejorar cualitativamente el sistema, como la garantía de la vigencia plena del Estado de Derecho, solucionando la crisis en la que se encuentra a partir de las causas identificadas.

En efecto, el nuevo diseño del órgano Judicial con las reformas introducidas en la nueva Constitución, no resuelven el problema de los bajos niveles de acceso de los bolivianos y bolivianas al servicio judicial estatal; tampoco contribuyen a resolver el problema crónico de la retardación de justicia, toda vez que, entre otras cosas, la Constitución no consigna una norma que obligue una asignación presupuestaria suficiente y razonable para que se puedan crear nuevos juzgados y tribunales en aquellos municipios en los que actualmente no existen, e incrementar juzgados en aquellos municipios en los que la carga procesal elevadísima genera retardación

de justicia. Las reformas no contribuyen a revertir la sensación ciudadana sobre la excesiva politización; al contrario, contribuye a que la politización se haga efectiva y se elimine la independencia de los jueces y magistrados, al imponer la elección directa por voto popular y sufragio universal de las altas autoridades del órgano Judicial. Tampoco contribuyen a mejorar la calidad del servicio judicial que es una de las grandes debilidades del sistema judicial.

Entonces, las principales reformas introducidas por el Constituyente se reducen a: la constitucionalización de la jurisdicción agroambiental; la integración de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, con errores de concepción y configuración; y la introducción de la participación ciudadana en el ejercicio de la potestad judicial del Estado, mediante la elección por voto directo y sufragio universal de las altas autoridades del órgano Judicial.

Según las normas previstas por el art. 178 de la Constitución, el sistema judicial se configura sobre la base de los principios de pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, igualdad jurídica, independencia, seguridad jurídica, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. Los principios referidos responden, de manera coherente, al nuevo modelo de Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario. El segundo párrafo del art. 178 de la Constitución proclama que constituyen garantías de la independencia judicial, el desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial; y la autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

La norma prevista por el art. 179.I de la Constitución, define que la función judicial es única; se la ejerce a través de la Jurisdicción Ordinaria; la Jurisdicción Agroambiental; y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina; complementariamente se instituye el Consejo de la Magistratura, con potestad disciplinaria y de control administrativo. El segundo párrafo del citado artículo, determina que la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina gozan de igual jerarquía; la primera es ejercida por el Estado, a través de los tribunales y jueces establecidos por la Constitución y las Leyes; y la segunda es ejercida por las autoridades naturales de los pueblos indígenas originario campesinos.

La Jurisdicción Ordinaria, según las normas previstas por los arts. 179 al 185 de la Constitución, se ejercerá por:

- a) El Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistradas y Magistrados, cuyo número será definido por Ley; elegidos mediante voto popular y directo, con sufragio universal; con un período de mandato de seis años sin derecho a la reelección inmediata; cesarán en

sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la Ley.

- b) Los tribunales Departamentales de Justicia, se entiende que ejercerán jurisdicción en todo el Departamento, lo que en la actualidad desempeñan las Cortes Superiores de Distrito; pues la Constitución no consigna norma alguna con relación a estos Tribunales.
- c) Los Tribunales de sentencia y los Jueces; se entiende que son los de instancia, cuyo régimen y estatuto jurídico será definido por Ley, pues la Constitución no consigna ninguna norma al respecto; pero en la práctica son los actuales tribunales y jueces de instancia.
- d) Accesoriamente se instituye la Jurisdicción Militar, como jurisdicción especializada, para juzgar los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

La Jurisdicción Agroambiental, según las normas previstas por los arts. 186 al 189 de la Constitución, como una jurisdicción especializada se ejercerá por:

- a) El Tribunal Agroambiental; como el máximo Tribunal de la jurisdicción especializada, se ejercerá por magistradas y magistrados elegidos mediante voto popular y directo, con sufragio universal; cuyo número, se entiende, será definido por Ley, aunque no existe una remisión normativa al legislador; duran en sus funciones un período de seis años, sin derecho a la reelección; con relación al régimen de prohibiciones, incompatibilidades, requisitos y cesación se aplican las normas previstas para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.
- b) Los jueces agroambientales; se entiende que son los que ejercen jurisdicción y competencia de instancia en materia agroambiental, cuyo número, funciones y atribuciones, así como su estatuto jurídico será regulado por Ley, aunque no existe una remisión normativa al legislador.

Según las normas previstas por el art. 190 de la Constitución, la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina se ejerce por sus propias autoridades, aplicando sus principios, valores culturales, normas y procedimientos; tendrá como límite la vida y los derechos consagrados por la Constitución.

Respecto a la competencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en cuanto a las personas sólo alcanza a los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Con relación al ámbito territorial, la competencia sólo se abre para conocer y resolver los conflictos emergentes de las relaciones

y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino. Finalmente, respecto a la competencia por razón de materia, la norma prevista por el art. 191 de la Constitución, determina expresamente que esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

La norma prevista por el art. 192.III de la Constitución remite a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, la definición de los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Con relación al Consejo de la Magistratura, cabe señalar que, según la norma prevista por el art. 193 de la Constitución, es una instancia responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y las jurisdicciones especializadas, se excluye de ese control a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina; también se encarga de ejercer el control y fiscalización del manejo administrativo y financiero; y finalmente, de la formulación de políticas de su gestión. Estará conformado por miembros elegidos mediante voto popular directo y con sufragio universal, de candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional; durarán en sus funciones seis años sin derecho a reelección; no se define el número de miembros, se presume que definirá la Ley.

Entre las principales atribuciones del Consejo de la Magistratura, el art. 195 de la Constitución, prevé las de promover la revocatoria de mandato de las Magistradas y de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, cuando, en el ejercicio de sus funciones, cometan faltas gravísimas determinadas por la ley; preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación de los tribunales departamentales de justicia que serán designados por el Tribunal Supremo de Justicia; designar, mediante concurso de méritos y exámenes de competencia, a los jueces de partido y de instrucción; elaborar auditorías jurídicas y de gestión financiera; evaluar el desempeño de funciones de las administradoras y los administradores de justicia, y del personal auxiliar; y ejercer el control disciplinario de los vocales, juezas y jueces; y personal auxiliar y administrativo del Órgano Judicial.

#### *4.3.4. El control de constitucionalidad*

Según las normas previstas por el 179.III de la Constitución la justicia constitucional se ejercerá por el Tribunal Constitucional Plurinacional; el que por mandato del art. 196, velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautelaré el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

De las normas constitucionales referidas se infiere que el Constituyente ha decidido mantener el control de constitucionalidad con el modelo europeo o “kelseniano”, encomendando la labor a un organismo especializado como es el Tribunal Constitucional Plurinacional, aunque con algunos resabios del modelo americano de la revisión judicial; empero, ha introducido importantes reformas a la estructura institucional del mencionado órgano de control de constitucionalidad, al ámbito de sus funciones y atribuciones, asimismo a la configuración procesal de los procesos constitucionales que debe conocer y resolver; reformas que en el futuro podrían anular el control de constitucionalidad y, en su caso, permitir se instrumentalice la Justicia Constitucional para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico del poder político.

Las reformas introducidas por el Constituyente, con relación al control de constitucionalidad, en general, y a la estructura institucional del Tribunal Constitucional, en particular, se expresan en el ámbito institucional, el referido al sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, y el referido al ámbito procesal.

En el ámbito institucional, la Constitución, simplemente añadiendo al nombre original la alocución de Plurinacional, mantiene al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del órgano Judicial; cuando lo óptimo era constituirlo como un órgano constitucional independiente de los demás órganos del poder constituido, cuyos actos, resoluciones y determinaciones controla, en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. Algo más grave aún, a diferencia de la Constitución abrogada, en la que se proclama la independencia orgánica y funcional del Tribunal Constitucional, en la Constitución promulgada el 07 de febrero no se hace referencia alguna a esa independencia orgánica y funcional; ¿se trata de una omisión o una deliberada determinación?, consideramos que se trata de lo último; pues responde a una estrategia de mantener este órgano formalmente en la estructura institucional del Estado, pero anularlo materialmente en su función de ejercer control de constitucionalidad.

Según las normas previstas por el art. 197.I de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. El número total de magistrados que integran el Tribunal Constitucional Plurinacional, y la forma en que se organizan internamente, serán definidos por Ley.

Los magistrados y magistradas duraran en sus funciones un período de seis años, sin derecho a la reelección inmediata; cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente

de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la Ley. Esta última previsión podría ser utilizada para incorporar como causal de cesación la revocatoria de mandato, ello respondiendo a los pedidos y planteamientos de las organizaciones sociales afines al gobierno actual, lo que se constituiría en un factor importante de anulación de la independencia de los magistrados juntamente con el sistema de elección mediante voto directo y sufragio universal.

En cuanto a los requisitos para ser elegido magistrado o magistrada, según las normas previstas por el art. 199.I de la Constitución, aprobada con las modificaciones del Congreso Nacional, los postulantes deberán haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Con relación a las funciones y atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, la Constitución mantiene las asignadas por el art. 120 de la Constitución abrogada, con la adición de la atribución de conocer las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; conocer y resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; conocer en grado de revisión la acción de cumplimiento y la acción popular, que son dos nuevas acciones tutelares incorporadas a las garantías constitucionales jurisdiccionales por la Constitución; asimismo se impone el control preventivo imperativo de los Tratados Internacionales.

Con relación al sistema de selección e incorporación de los magistrados y magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la norma prevista por el art. 198 de la Constitución dispone que serán elegidos por voto popular directo, con mayoría relativa, mediante sufragio universal; para ese efecto los candidatos y candidatas serán propuestos la Asamblea Legislativa Plurinacional; pero, según lo previsto por el art. 199.II de la Constitución, también podrán ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Lo que significa que habrán dos fuentes de postulación de los candidatos al cargo de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes; y la de las organizaciones de la sociedad civil, y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; lo que significa que, ante la eventualidad de que la primera fuente no presente las postulaciones, la elección podrá realizarse válidamente con la postulación por la segunda fuente, lo que en la práctica

implicará el ejercicio de la supremacía del colectivo humano conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En el ámbito procesal, el Constituyente ha introducido modificaciones que en su aplicación práctica podrían anular el control de constitucionalidad.

La norma prevista por el art. 196.II de la Constitución impone al Tribunal Constitucional Plurinacional los métodos histórico y gramatical para la interpretación de la Constitución; amarrando al órgano de control de constitucionalidad a la voluntad de la Asamblea Constituyente, frente a la realidad económica, política imperante en el momento en que desarrolle su labor interpretativa.

En la parte de las garantías constitucionales jurisdiccionales la Constitución, de manera positiva introduce dos nuevas acciones tutelares: la acción de cumplimiento y la acción popular; empero, lo negativo de la reforma constitucional es que el art. 202 de esta Constitución asigna al Tribunal Constitucional Plurinacional, entre otras, la atribución de conocer y resolver en grado de revisión de oficio la Acción de Libertad, la Acción de Amparo Constitucional, la Acción de Protección de Privacidad, la Acción de Cumplimiento y la Acción Popular, en la totalidad de las causas introducidas. Ello, tomando en cuenta que en los ocho años de desempeño de las labores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional el índice de crecimiento de las acciones tutelares fue del orden del 20% anual, lo que supone que en cinco años se duplica el número de causas, generará un incremento considerable del número de causas a resolver por el Tribunal Constitucional Plurinacional, lo cual generará una sobrecarga procesal que podría derivar en la retardación de justicia, lo que podría desgastar la imagen institucional del órgano de control de constitucionalidad; lo correcto era que conceda potestad al Tribunal Constitucional Plurinacional de seleccionar los casos que revisará.

#### *4.3.5. El órgano Electoral*

Algo que cabe resaltar es que el Constituyente ha incorporado a la estructura política del Estado Plurinacional Comunitario al órgano Electoral, como un órgano del poder constituido, el que, según las normas previstas por el art. 205 de la Constitución, será ejercido por el Tribunal Supremo Electoral; los Tribunales Electorales Departamentales; los Juzgados Electorales; los Jurados de las Mesas de sufragio; y los Notarios Electorales.

El Tribunal Supremo Electoral es el máximo nivel del órgano Electoral, estará integrado por siete miembros, de los cuales al menos dos serán de origen indígena originario campesino; serán designados, uno por el

Presidente del Estado, y seis por la Asamblea Legislativa Plurinacional con dos tercios de votos de sus miembros presentes; tendrán un período de mandato de seis años sin derecho a la reelección.

Los Tribunales Departamentales Electorales se constituirá en la máxima autoridad electoral en el Departamento; el número de miembros que lo integran será definido por la Ley, aunque no existe una remisión legislativa en la Constitución; los miembros de estos Tribunales serán designados por la Cámara de Diputados con dos tercios de votos de los miembros presentes, de ternas que serán elaboradas y aprobadas por dos tercios de votos de los miembros presentes en la Asamblea Legislativa Departamental o el Consejo Departamental, según corresponda; en esa designación deberá tenerse el cuidado de incluir cuando menos a dos miembros que pertenezcan a las naciones y pueblos indígena originario campesinos del Departamento.

Cabe resaltar que la Constitución promulgada el 7 de febrero simplemente consigna normas orgánicas relativas al órgano Electoral, omitiendo configurar un verdadero sistema electoral que comprenda, además del órgano Electoral, los criterios básicos y los principios rectores para la configuración de las circunscripciones, la conversión de votos en escaños; y las modalidades de emisión del voto; lo que significa que debieron consignarse normas axiológicas que definan los principios sobre los cuales se configura el sistema electoral, de manera que puedan constituirse en los criterios básicos y presupuestos lógicos que orienten el funcionamiento del sistema electoral, y el ejercicio de los derechos de ciudadanía y derechos políticos.

Según las normas previstas por el art. 208.I de la Constitución, el Tribunal Supremo Electoral es el responsable de organizar, administrar y ejecutar los procesos electorales y proclamar sus resultados; de lo que se infiere que se ha reducido la función del órgano Electoral al ámbito estrictamente administrativo electoral, eliminando su potestad contencioso-electoral; lo que constituye un grave retroceso; pues en el constitucionalismo contemporáneo el órgano Electoral no sólo desempeña funciones administrativas, sino que se constituye en un órgano contencioso electoral, resolviendo los conflictos emergentes, no sólo de las elecciones, sino del proceso de ejercicio de la representación política ciudadana. De otro lado, cabe advertir que la labor del Tribunal Supremo Electoral no puede reducirse solamente a la administración y ejecución de procesos electorales, sino también de los procesos de manifestación de la voluntad política del pueblo en la toma de decisiones trascendentales para el Estado, ello tomando en cuenta el nuevo régimen de gobierno que es democrático participativo y representativo; pues la democracia participativa se ejerce, entre otros, a través del referéndum popular, la revocatoria de mandato, cuyos procesos no son



electorales en esencia, sino procesos de toma de decisiones políticas trascendentales para el Estado.

#### *4.3.6. La distribución territorial del ejercicio del poder político*

Tomando en cuenta que uno de los elementos de la crisis social y política del Estado, fue el centralismo político y administrativo, que dio lugar al surgimiento de los movimientos regionales exigiendo una profunda descentralización del Estado; un desafío para la Asamblea Constituyente fue el rediseñar la organización territorial del Estado y, en función a ello, definir un sistema de distribución territorial del ejercicio del poder político del Estado, para revertir los altos niveles de desconfianza, de descrédito y falta de respeto del ciudadano al Estado, que se ha generado por el excesivo centralismo.

La distribución territorial del ejercicio del poder político podría implementarse en diferentes niveles; desde el nivel mínimo, con un modelo de Estado unitario con descentralización o desconcentración administrativa; hasta el nivel máximo de distribución, con un modelo de Estado federal; pero también puede implementarse con un nivel intermedio, con un modelo de Estado autonómico, que implica una descentralización política con transferencia de determinadas competencias del nivel central hacia niveles territoriales subnacionales.

La Constitución, sobre la base del nuevo modelo de Estado adoptado, ha optado por un nivel intermedio de Estado con descentralización y autonomías; por lo que ha determinado la distribución territorial del ejercicio del poder político del nivel nacional o central hacia cuatro niveles territoriales subnacionales; esos niveles son:

i) El nivel de Gobierno Departamental, con una doble modalidad; de un lado, el Gobierno Departamental descentralizado, para aquellos departamentos en los que venció el voto negativo en el referéndum autonómico; y, de otro, Gobierno Departamental autónomo, para aquellos departamentos en los que venció el voto afirmativo en el referéndum autonómico. Según las normas previstas por los arts. 277, 278 y 279 de la Constitución, el Gobierno Departamental Autónomo estará constituido por una Asamblea Departamental integrada por asambleístas departamentales elegidos por voto directo y sufragio universal y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, con facultad deliberativa, fiscalizadora, y legislativa departamental en el ámbito de sus competencias; y un órgano Ejecutivo, dirigido por el Gobernador o Gobernadora elegido por voto popular con sufragio universal. Ejercerán competencias concurrentes con el Gobierno del Estado Plurinacional Comunitario, conforme

a la asignación prevista por el art. 299 de esta Constitución, y ejercerán competencias exclusivas que están asignadas por el art. 300.

En cambio el Gobierno Departamental descentralizado estará constituido por un Consejo Departamental, integrado por consejeros departamentales elegidos por voto directo y sufragio universal; y un Prefecto de Departamento, elegido por voto directo y sufragio universal; así se infiere de las normas previstas por el art. 274 de la Constitución; las funciones y competencias de estos gobiernos no están expresamente definidos por la Constitución, por lo que se entiende serán definidos por la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Según la norma prevista por el art. 274 de esta Constitución, los Departamentos con régimen de descentralización podrán acceder a la autonomía departamental mediante referendo.

ii) El nivel de Gobierno Regional Autónomo; conforme a la norma prevista por el art. 280 de la Constitución, la entidad territorial regional se constituirá por voluntad democrática de la ciudadanía y por la unión de municipios o de provincias con continuidad geográfica, que compartan cultura, lenguas, historia, economía y ecosistemas complementarios; esa región tendrá un Gobierno Autónomo constituido por una Asamblea Regional, conformada por asambleístas regionales elegidos mediante sufragio universal, junto con las listas de candidatos a concejales municipales; las Asambleas Regionales tendrán potestad deliberativa, normativo-administrativa y fiscalizadora; y un órgano Ejecutivo, presidido por la Gobernadora o el Gobernador, elegido por voto popular con sufragio universal.

Según las normas previstas por los arts. 280.III y 301 de la Constitución, el Gobierno Regional Autónomo ejercerá las competencias que le sean transferidas por la Asamblea Departamental por dos tercios de votos del total de sus miembros.

iii) El nivel de Gobierno Indígena Originario Campesino, conforme a la norma prevista por el art. 290.II de la Constitución, se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, en concordancia a las atribuciones y competencias propias, y en armonía con la Constitución y la ley. A ese efecto, por disposición del art. 291.I "*son entidades territoriales indígena originario campesinas autónomas los territorios indígena originario campesinos, los municipios indígena originario campesinos, y las regiones territoriales indígena originario campesinas*". Ejercerán las competencias asignadas por el art. 304 de esta Constitución y las que consideren necesarias en el marco del ejercicio de su derecho de autodeterminación, pero en compatibilidad con la Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

iv) El nivel de Gobierno Municipal, de conformidad con lo previsto por el art. 283 de la nueva Constitución, estará constituido por un Concejo Municipal, conformado por concejales elegidos mediante sufragio universal,

con facultad deliberativa, fiscalizadora, y legislativa normativa municipal en el ámbito de sus competencias exclusivas; y un órgano ejecutivo, presidido por la Alcaldesa o el Alcalde elegido por voto popular con sufragio universal. Ejercerán las competencias asignadas por el art. 302 de la Constitución.

Según la norma prevista por el art. 270 de la Constitución, el régimen autonómico y descentralizado se configura sobre la base de los siguientes principios: la unidad, la solidaridad; el bien común; el autogobierno; la igualdad; la reciprocidad; la subsidiariedad; la gradualidad; la participación y control social; la provisión de recursos económicos; y la preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Es importante señalar que, por previsión del art. 276 de la Constitución, las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional; lo que implica que entre un Departamento Autónomo y una Región Autónoma existe igualdad de rango constitucional. Lo que omite definir la Constitución es la relación institucional que existirá entre los gobiernos autónomos de las diferentes entidades territoriales; la pregunta obligada es ¿los gobiernos autónomos subnacionales tienen también igual rango constitucional?; si la tesis es positiva, se confirma la hipótesis de que el sistema adoptado tiende a neutralizar la autonomía departamental.

Según las normas previstas por el art. 271 de la Constitución, los alcances, la organización, el funcionamiento, la estructura, las competencias, las atribuciones, la asignación de los recursos económicos financieros y la coordinación del sistema de descentralización y de autonomías se regirán mediante la Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, aprobada por dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa Plurinacional; así como por su respectivo Estatuto o Carta Orgánica aprobado por dos tercios de los votos de la Asamblea o del Concejo, conforme a la Constitución y a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, y sometidos a control preventivo imperativo de constitucionalidad; así lo dispone el art. 275 de esta Constitución.

#### *4.3.7. Otros organismos que desempeñan funciones estatales*

El Constituyente ha introducido una modificación en la Constitución al institucionalizar los órganos autónomos como funciones del Estado, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

La función de control, ejercida por la Contraloría General de la República, cuyo titular será designado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, por dos tercios de votos de los miembros presentes.

La función de Defensa de la Sociedad; ejercida por la Defensoría del Pueblo y por el Ministerio Público. La primera, velará por la

vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, dirigida por un Defensor o Defensora del Pueblo, designado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, con dos tercios de votos de los presentes. Y el segundo, defenderá la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercerá la acción penal pública, será ejercido por el Fiscal General de la República, los Fiscales Departamentales, fiscales de materia y demás fiscales establecidos por Ley; el Fiscal General de la República será designado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, con mayoría absoluta de votos.

La función de Defensa del Estado, ejercida por la Procuraduría General del Estado, conformada por el Procurador o la Procuradora, designado por el Presidente de la República, y los demás servidores definidos por Ley.

La función de Participación y Control Social, ejercida por medio de la sociedad civil organizada; alcanza a la toma de decisiones de las políticas públicas; y el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y en las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales o que presten servicios públicos.

# EL RECURSO DE AMPARO EN EL MODELO KELSENIANO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ¿UN ELEMENTO ATÍPICO? \*

Alfonso Herrera García \*\*

SUMARIO: I. Introducción. II. El modelo kelseniano «puro» de jurisdicción constitucional. 1. La esencialidad del control de la constitucionalidad de la ley. 2. El modelo *constitucionalizado*: La apertura competencial de la jurisdicción del Tribunal Constitucional. 2.1. La sucesión del recurso para la protección de los «derechos constitucionalmente garantizados». 2.2. Tutela subjetiva de derechos y control de oficio de constitucionalidad de las leyes. III. El modelo *sistematizado*: Los argumentos extensivos de la jurisdicción constitucional en las tesis de Kelsen. 1. La *mejor* garantía jurisdiccional de la Constitución. 2. Los actos individuales. IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo debe comenzar con una afirmación que, desde una perspectiva descriptiva, no debería dejar espacio a la incertidumbre. No es

---

(<sup>o</sup>) Este ensayo ha sido elaborado en el marco del seminario: “El papel de los tribunales constitucionales en Europa” celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), en junio de 2008. Su objeto forma parte de una investigación más amplia, relativa al control de constitucionalidad de la ley a través del recurso de amparo español, actualmente en desarrollo por el autor. Dejo constancia de mi agradecimiento a las autoridades académicas y administrativas del *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg) por todas las facilidades prestadas para que la realización de este trabajo fuera posible.

(<sup>\*\*</sup>) Investigador en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. E.mail: jalfonso.herrera@gmail.com

controvertido que un recurso para el amparo de derechos es un elemento del modelo “kelseniano” o “europeo” de la justicia constitucional que opera en distintos ordenamientos jurídicos. Basta considerar los ejemplos de algunas Constituciones europeas vigentes para asumir que un recurso de este tipo cabe en sistemas concentrados de justicia constitucional. En efecto, varios tribunales constitucionales europeos, además de controlar la ley, al propio tiempo son responsables de alguna clase de tutela directa y reforzada de los derechos fundamentales.<sup>1</sup>

Sin embargo, lo que en la actualidad sea el modelo “kelseniano”, “europeo” o “concentrado” de justicia constitucional puede ser entendido de diversas maneras. Además, cabe pensar que la pregunta que encabeza el interés de este trabajo pueda plantearse sobre la base de distintas premisas.

Aquí pretendo analizar si es posible justificar la compatibilidad de un recurso de amparo o de «queja constitucional» (para utilizar la traducción literal de la institución alemana de la *Verfassungsbeschwerde*) como elemento de un modelo concentrado de justicia constitucional desde una doble perspectiva: *originalista* y técnico-jurídica. Para ello, se hace necesario tomar en consideración dos modos de entender ese «modelo»: en primer lugar, el modelo que Kelsen diseñó en la Constitución austriaca de 1920, y, en segundo lugar, el modelo que cabe sustraer de los textos en que Kelsen escribió sobre la «garantía jurisdiccional de la Constitución».

¿Por qué un análisis como éste debería tener interés en el estudio actual de la justicia constitucional? En mi opinión, hay razones de suficiente peso y que deben por ello seguir siendo discutidas a la hora de hacer frente a transformaciones institucionales al respecto. Para empezar, una Constitución puede atribuir a la jurisdicción constitucional, con mayor o menor amplitud, tantas materias cuantas hayan sido concertadas por el poder constituyente. Pero ello no significa (es una premisa de la que aquí se parte) que toda Constitución sea perfectamente coherente en el ensamblaje técnico de su jurisdicción constitucional. La institucionalización de

<sup>(1)</sup> Para exposiciones monográficas de las diversas maneras en que un recurso de amparo se ha configurado en Constituciones europeas, véase el capítulo segundo del libro: Vv. Aa. (2006): *El Derecho de amparo en el mundo* [H. Fix-Zamudio y E. Ferrer MacGregor, coords.], México, Porrúa/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung. Para un enfoque más general de los sistemas europeos de justicia constitucional, en algunos de los cuales se cuenta con un recurso individual de amparo, véase el libro colectivo: Vv. Aa. (2003): *La giustizia costituzionale in Europa* [ed. Marco Olivetti y Tania Groppi], Milano, Giuffrè. Para un semejante propósito, pero orientado a los sistemas de países del centro y del este europeo, puede verse: Vv. Aa. (2007): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa* [O. Luchterhandt, Ch. Starck y A. Weber, eds.], Teilband I: Berichte, Baden-Baden, Nomos; donde también pueden consultarse las características normativas de este recurso, ahí donde dentro de esa región existe.

sus medios de defensa, mediante la asignación de competencias al tribunal constitucional, puede incurrir en excesos, desequilibrios o inconsistencias estructurales. Es posible también que la ley reguladora de la jurisdicción constitucional, tratando de seguir las pautas (en principio, lógicas) de la Constitución, pueda plantear disyuntivas de sistemática institucional.

La complejidad de las normas institucionales se maximiza cuando el poder constituyente no define con exactitud las competencias del tribunal constitucional (por las motivaciones políticas que fueren) en el texto de la Constitución. Una competencia como la de amparo de derechos fundamentales no está exenta de sufrir esta circunstancia de incerteza: sus alcances pueden no ser suficientemente claros, especialmente frente al campo de actuación de otros tribunales. No se quiere decir, sin embargo, que la institucionalización de esta competencia, o de otras que se hallen en manos del tribunal constitucional, deban ser taxativas. A lo que me refiero es que una falta de claridad terminológica de esa institucionalización, incrementa los problemas de operatividad del tribunal constitucional y dificulta también la comprensión de sus funciones en el sistema constitucional.

Este diagnóstico no debe considerarse de menor importancia al menos por dos razones. En primer lugar, porque la articulación de la jurisdicción constitucional es crucial para la construcción de su legitimidad y para acrecentar sus posibilidades de éxito dentro del sistema constitucional.<sup>2</sup> En segundo lugar, en cuanto específicamente concierne al recurso de amparo, tal articulación también es determinante porque define la posición desde la cual el tribunal constitucional defiende los derechos fundamentales (si se conviene en que ésta es también una de las funciones a las que debe su existencia). De este modo, puede comprenderse que la forma y el número de las competencias de un tribunal constitucional tienen que ser cuidadosamente reflexionados en el momento de configurar una jurisdicción constitucional al estilo «kelseniano».

Ahora bien, dentro del contexto europeo, que es en el que me voy a situar en este trabajo, puede que el concepto «recurso de amparo» no sea del todo evidente en un plano dogmático con pretensiones de generalidad. Entenderé por «recurso de amparo» aquel que, a modo de queja individual, forma parte del conjunto de vías de acceso a la jurisdicción del tribunal constitucional. Esa queja individual constituye una tutela de *acceso directo*

---

<sup>(2)</sup> En efecto, como se ha afirmado, la legitimidad y la efectividad de la justicia constitucional, como las de cualquiera otra función jurisdiccional, se juega también en una articulación procesal satisfactoria. Cfr. Díez-Picazo, Luis María (1994): "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40 (enero-abril), p. 24.

al tribunal. En términos generales, las condiciones para habilitar el acceso directo de los individuos al tribunal constitucional solo se presentan cuando se han agotado todas las instancias de una jurisdicción ordinaria (o *no-constitucional*) en que se hubiere alegado la presunta vulneración de derechos fundamentales (principio de subsidiariedad). En consecuencia, la protección que el tribunal constitucional dispensa a los derechos fundamentales es *reforzada*, en cuanto se pronuncia sobre cuestiones que han sido examinadas en instancias previas por tribunales ordinarios.<sup>3</sup> Por regla general, esa *tutela reforzada* versa sobre la protección del derecho fundamental a la luz de la Constitución, debiéndose dejar de lado cuestiones que han sido dilucidadas sobre la base de legislación *infraconstitucional*. Aún más, el recurso de amparo comporta no un control abstracto de validez de las leyes, sino el examen de casos concretos, en los cuales la mayoría de las veces no se llega a discutir un problema de contradicción normativa. Se trata de evaluar si la actuación (o, eventualmente, una omisión) de los poderes públicos ha sido desarrollada conforme al contenido de los derechos, tal como éste se considera reconocido por la Constitución. En la actualidad, ejemplos emblemáticos de este tipo de recurso en la Europa occidental son los que existen en Alemania y España.

Se afirma con mucha frecuencia que el recurso de amparo es un elemento “extraño”, “impropio” o “atípico” del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional.<sup>4</sup> Bajo este concepto, la técnica procesal destinada

<sup>(3)</sup> El carácter «reforzado» de la tutela que dispensa una jurisdicción constitucional a los derechos fundamentales, es un calificativo cuya introducción se ha atribuido a Mauro Cappelletti. Véase su clásico libro: (1955): *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, Giuffrè, pp. 6 y 16. Puede consultarse también la conocida traducción al castellano de este libro: Cappelletti, Mauro (1961): *La jurisdicción constitucional de la libertad; con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de H. Fix-Zamudio, México, UNAM/Instituto de Derecho Comparado, pp. 5 y 13.

<sup>(4)</sup> Así, en España, García de Enterría ha señalado que el amparo es una de las competencias del Tribunal Constitucional que contribuyen a situarlo “al margen de la pureza institucional kelseniana”: García de Enterría, Eduardo (2001): *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas (1ª ed. 1981), p. 59. En ese mismo tenor, Pedro de Vega ha afirmado que el recurso constitucional de amparo “marca una separación importante de la concepción kelseniana pura” de la jurisdicción constitucional: cfr. de Vega García, Pedro de (1984): “De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, en Vv. Aa., *La Constitución y su defensa*, México, UNAM-III, p. 230. Más generalmente, para Luciani, en un modelo teóricamente abstracto/concreto (el modelo “austriaco”), el acceso directo de los individuos a la justicia constitucional es “incompatible” con él, cfr. Luciani, Massimo (1984): *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, p. 236. En similar dirección, Rubio Llorente ha sostenido que



al amparo individual de derechos no pertenece a la esencia de la justicia constitucional (que es el control de las leyes), sino que se consideraría como una competencia “añadida” del tribunal constitucional.<sup>5</sup> Pero ¿Cuán fiel es esta posición doctrinal a la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional?

El objeto de este trabajo es sugerir algunos argumentos que sirvan a poner a prueba la contundencia de esa extendida tesis.<sup>6</sup> Para ello, propondré de la siguiente manera. Primero, expondré aquello que de las tesis fundamentales de Kelsen pueda ser considerado como un modelo “puro” de jurisdicción constitucional concentrada (II). Después, destacaré los argumentos que afirman que ese modelo consiste esencialmente en control de constitucionalidad de las leyes (II.1). Posteriormente, rescataré el contexto originario del modelo en relación con el recurso individual

---

el recurso de amparo “no encaja fácilmente en el esquema kelseniano (al menos en cuanto no vaya dirigido precisamente contra una ley) y debe su origen más bien a la tradición histórica de cada país, o simplemente a la imitación de lo ajeno”: Rubio Llorente, Francisco (1992): “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (mayo-agosto), p. 27. En semejante sentido, para Cruz Villalón el recurso de amparo: “[...] no es un elemento típico de la justicia constitucional, sino más bien una *singularidad* de determinados ordenamientos (Alemania, Austria, Suiza)” (énfasis del autor): Cruz Villalón, Pedro (1992): “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, en Vv. Aa., *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 117. En un trabajo más reciente, la tesis central vuelve a ser la “anomalía”, “extrañeza” o “inconsistencia estructural” del amparo en el sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, cfr. Villaverde Menéndez, Ignacio (2006): “Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los tribunales constitucionales”, en *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, principalmente pp. 359-367. Tesis que en algún sentido es más extrema en: Borrajo Iniesta, Ignacio (2008): “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: Hechos, Derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, Madrid, Tirant lo Blanch, pp. 159-161, para quien: “(...) el modelo kelseniano no sirve para dar explicación de la jurisdicción constitucional de amparo.” (p. 161).

<sup>(5)</sup> Así, por ejemplo, en el concepto de: Pérez Royo, Javier (1988): *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, p. 72.

<sup>(6)</sup> Merece la pena llamar aquí la atención sobre lo siguiente. Nótese que no se pone en cuestión si doctrinalmente puede o no hablarse de un modelo “puro” de tribunal constitucional, haciéndose corresponder este concepto con la exclusiva función que este tribunal detente en materia de control de constitucionalidad de las leyes [Como legítimamente lo hace, por ejemplo, Víctor Ferreres Comella (2004): “The consequences of centralizing constitutional review in a special Court: Some thoughts on judicial activism”, *Texas Law Review* 82, pp. 1707-1708]. La cuestión a la que aquí me refiero es si un tal modelo “puro” de tribunal constitucional se corresponde con el pionero modelo “kelseniano” de la jurisdicción constitucional, tal como dicho modelo fue acogido en la Constitución austriaca de 1920, y posteriormente explicado por Kelsen en sede dogmática.

de amparo (II.2) y los argumentos sistemáticos de Kelsen (III) que, en mi opinión, apoyan tanto una *relativización*, como una *amplitud*, de su idea de jurisdicción constitucional concentrada. Finalmente, sobre estas bases, formularé la reflexión conclusiva de este trabajo (IV).

## II. EL MODELO KELSENIANO «PURO» DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El llamado modelo “europeo” o “kelseniano” de control de constitucionalidad es el punto de referencia frente a cuyos postulados se analizará la aptitud de compatibilidad de un recurso individual de amparo. Con este propósito, me aproximaré a las circunstancias históricas del “contexto kelseniano” y también llamaré la atención, principalmente, sobre los argumentos de Kelsen en el más importante de sus trabajos en esta materia: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*.<sup>7</sup> Como es conocido, este trabajo fue publicado en 1928, esto es, poco tiempo antes de que Kelsen culminara sus funciones como magistrado del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) de Austria.<sup>8</sup>

<sup>(7)</sup> Originariamente publicado en francés como: Kelsen, Hans (1928): “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, trad. Charles Eisenmann, *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l’Étranger*, tomo 45, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pp. 197–257. Con posterioridad aparecido en: *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929, pp. 52–143; y como ponencia de Kelsen a la reunión de la asociación de profesores alemanes de Derecho Público, en abril de 1928, publicada como: (1929): „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit“, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, Berlin, Walter de Gruyter, pp. 30–88. Este último texto se recoge en: Kelsen, Hans; Merkl, Adolf Julius; y Verdross, Alfred (1968): *Die Wiener rechtstheoretische Schule; ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross* [ed. H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck], Wien, Europa Verlag, pp. 1813–1871. Por lo que aquí se cita, véase la traducción al español: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (2001): trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM [Recientemente revisada por Domingo García Belaunde, cfr. (2008): *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10 (julio-diciembre) México, Porrúa/IIDPC, pp. 3–46]. Esta traducción fue realizada a partir del texto en francés publicado en el referido *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*. En adelante, citaré este texto sencillamente como: *La garantía*.

<sup>(8)</sup> El desempeño de Kelsen como juez constitucional es poco conocido. Por ello, resulta de especial interés el trabajo de: Walter, Robert (2005): *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien, Manz; en donde el autor reseña la vida de Kelsen como miembro del *Deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshof* (1919–1920) y del *Verfassungsgerichtshof* (1920–1930). Es de interés también el trabajo de: Neschwara, Christian (2005): „Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse“, en *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts* [ed. Stanley L. Paulson y Michael Stolleis], Tübingen, Mohr

En ese estudio esgrime las grandes líneas de su pensamiento en torno a la jurisdicción constitucional. Como él mismo afirmó en sus primeras palabras de esa contribución, en ella se ocupó de las cuestiones teórica y práctica de la “garantía jurisdiccional de la Constitución”, es decir, respectivamente, la “naturaleza jurídica” de la institución y los mejores medios para conseguir su realización.<sup>9</sup>

¿Qué lineamientos hay que tomar en consideración al hablar de un modelo kelseniano “puro” de jurisdicción constitucional? Situándonos principalmente en el marco y en la circunstancia de ese trabajo, es posible distinguir dos órdenes de argumentos. Por un lado, se encuentran las consideraciones que afirman el carácter *esencial* del control de constitucionalidad de las leyes como competencia del tribunal constitucional. Por otro lado, se hallan argumentos sobre la base de los cuales se justifica una aptitud extensiva de las competencias del tribunal constitucional en relación con circunstancias de diverso signo (políticas y técnico-jurídicas, fundamentalmente). En seguida me ocuparé de reconstruir ambas ideas.

---

Siebeck, pp. 353–384. En castellano, resulta ilustrativa la narrativa de esta faceta de la vida de Kelsen en la clásica aportación de Aladár Metall, Rudolf (1976): *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. J. Esquivel, México, UNAM/IIJ, especialmente pp. 54–63 y 126.

<sup>(9)</sup> Vid. *La garantía*, pp. 9–10. Más tarde, en su réplica a Carl Schmitt de 1931, Kelsen abundaría en el porqué es correcto utilizar el vocablo “garantía” (*Garantie*). Por regla general, se habla de “garantía” porque entraña la función de defensa de la Constitución contra sus violaciones, función que se realiza a través de la verificación de un hecho que la contradice, y que en el concepto de Kelsen debe llevar a cabo un tribunal constitucional. Si la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, “garantía constitucional” (*Verfassungsgarantie*) significa generar seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Cfr. Kelsen, Hans (2002): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. R. J. Brie, 2ª ed., Madrid, Tecnos, pp. 3–5. Este otro trabajo clásico fue publicado originariamente como: „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“, en *Die Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des Deutschen Rechtswesens; zugleich Organ des Republikanischen Richterbundes*, tomo 6, Berlin-Grunewald, Dr. Walther Rothschild, 1930/1931, pp. 576–628. También puede encontrarse como publicación independiente (en donde Kelsen incorporó un párrafo introductorio no aparecido en la versión publicada en *Die Justiz*): cfr. Berlin-Grunewald, Dr. Walther Rothschild, 1931; reimpresso en: Kelsen, Merkl, y Verdross: (1968): cit. nota 7, pp. 1873–1922. Las versiones españolas de este texto y el de Carl Schmitt, en torno a los cuales se suscitó la histórica polémica entre ellos, se encuentran ahora recogidos conjuntamente en: Schmitt, Carl, y Kelsen, Hans (2009): *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, Madrid, Tecnos; precedidos por un estudio preliminar de G. Lombardi.

## 1. La esencialidad del control de la constitucionalidad de la ley

Es realmente poco controvertido que la idea de Kelsen acerca de la jurisdicción constitucional significa, en su núcleo, garantías de la Constitución frente a las leyes. Esto quiere decir que el objeto central de su teoría son las “garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución”.<sup>10</sup> Como es suficientemente sabido, este modo de concebir el control de regularidad de las leyes es una consecuencia intrínseca de los conceptos subyacentes a su *teoría pura del Derecho* (*reine Rechtslehre*). No es de interés desarrollar aquí la coherencia lógica entre la teoría que explica la estructura jerárquica del ordenamiento y la que sostiene la garantía jurisdiccional de la Constitución.<sup>11</sup> Lo que sí va a importar es incidir en la cuestión relativa a si la tesis del exclusivo control de la ley se corresponde con los fundamentos de la jurisdicción constitucional kelseniana.

No puede ignorarse que, en Kelsen, la problemática de la jurisdicción constitucional está principalmente comprendida por la problemática que plantea la contradicción normativa “leyes *versus* Constitución”.<sup>12</sup> Ahora

<sup>(10)</sup> *La garantía*, pp. 15 y 59.

<sup>(11)</sup> Se refieren a esta idea, por ejemplo: Bongiovanni, Giorgio (2007): “*Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution*”, en *The rule of law. History, theory and criticism* [ed. Pietro Costa y Danilo Zolo], Dordrecht, Springer, pp. 310–313; Prieto Sanchís, Luis (2006): “*Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional*”, en *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, pp. 88 y ss.; Öhlinger, Theo (2003): “*The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation*”, *Ratio Juris*, vol. 16, no. 2, pp. 216–217; Caravita (1985): *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale austriaca*, Padova, Cedam, p. 65; Giovannelli, Adriano (1983): *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, pp. 253–255.

<sup>(12)</sup> Cfr. García de Enterría (2001): cit. nota 4, pp. 57–59. Por esta razón, afirma este autor que, para Kelsen, el tribunal constitucional no es propiamente un tribunal sino un órgano legislativo: limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar a las no compatibles. Es un órgano que abroga leyes hasta ese momento eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de sus sentencias, fuerza *erga omnes* que tiene una naturaleza puramente legislativa (véanse pp. 131–132). Al mismo respecto, cfr. Rubio Llorente, Francisco (1988): “*La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22 (enero–abril), en especial pp. 22–24. Efectivamente, el propio Kelsen llega a expresarlo con claridad: “[...] el control de constitucionalidad de las leyes [...] es una función legislativa y no una pura función judicial”; cfr. Kelsen, Hans (1942): “*Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution*”, *The Journal of Politics*, vol. 4, nº 2, p. 200. Una versión española de este texto puede verse como: Kelsen, Hans (2009): “*El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana*”, trad. D. García Belaunde, *Revista Iberoamericana*

bien, tampoco puede soslayarse que inmediatamente después Kelsen aclaró que otras normas de carácter general, dentro de las cuales la ley es una especie, son también susceptibles de control de regularidad constitucional. Con tono prescriptivo, observó la necesidad de “extender” el control de regularidad a “reglamentos con fuerza de ley”.<sup>13</sup> El presupuesto lógico de este otro objeto de control es, sin embargo, el mismo que el de las leyes: en cuanto estos reglamentos son actos inmediatamente subordinados a la Constitución, sobre su validez pesa la necesidad de controlar su regularidad, es decir, un deber institucional de controlar su constitucionalidad.<sup>14</sup>

Esta idea bastaría a desvirtuar un concepto comúnmente asumido sin matices: que Kelsen estuviera en desacuerdo con que la jurisdicción del tribunal constitucional fuera más allá del control del legislador. Pero la ampliación de esta jurisdicción al control del poder ejecutivo obedece a que tanto el ejecutivo como el legislativo son poderes creadores de “actos generales”, actos que deben directa obediencia a la Constitución. Es decir, ambos poderes crean normas jurídicas cuyo control es preciso porque al hacerlo, en ambos casos, su actuación se halla inmediatamente subordinada a la Ley fundamental.

En lo tocante a los actos jurisdiccionales, Kelsen se expresa de la siguiente manera. La regularidad de estos actos se encuentra garantizada, casi sin excepción, por la estructura jerárquica de las instancias jurisdiccionales. En la sola independencia de los tribunales se ve satisfecha la garantía de regularidad de los actos de la jurisdicción.<sup>15</sup> El mero hecho de que un

---

*de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12 (julio-diciembre), México, IIDPC/Porrúa (en prensa). Esta última versión es un texto revisado del originariamente publicado en: *Ius et Veritas*, Lima (Perú) núm. 6, junio de 1993, pp. 81–90.

<sup>(13)</sup> Cfr. *La garantía*, p. 61

<sup>(14)</sup> Cfr. *La garantía*, p. 61. Véase, también: Kelsen (1942): cit. nota 12, pp. 183–184, en donde incluso afirma que en un sistema jurídico en donde la creación de reglamentos se hace depender directamente de la Constitución, su control constitucional es incluso más importante que el propio control constitucional de las leyes.

<sup>(15)</sup> Cfr. *La garantía*, p. 48. Esta afirmación puede plantear perplejidad frente a la tesis según la cual la introducción de un tribunal constitucional de inspiración kelseniana tiene un elemento de justificación en la desconfianza hacia los jueces, y hacia su independencia, en una fase de transición política. En España, por ejemplo, el argumento de la desconfianza a los jueces (entre otras razones, también por la falta de independencia que, en general, caracterizó su actuación durante el régimen franquista), es frecuentemente invocado para explicar la necesidad del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978 que, además, se constituyó orgánicamente al margen del poder judicial [En esta dirección, véanse, por ejemplo: Tomás y Valiente, Francisco (1993): “Poder judicial y Tribunal Constitucional”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, pp. 74–76; de Otto, Ignacio (2006): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel (1ª ed. 1987), pp. 146–147]. Pero volviendo a Kelsen, si él se manifestaba suficientemente satisfecho con

acto jurídico sea realizado por un tribunal implica una garantía suficiente de regularidad. En principio, que esta regularidad incida inmediata o mediatamente en un tema de constitucionalidad no es un motivo suficiente para sustraer tales actos de la jurisdicción de derecho común y atribuir su conocimiento a un tribunal especializado en materia constitucional.<sup>16</sup>

Pero esta aparente toma de posición respecto de lo innecesario que resulta el control constitucional de la actuación judicial no es contundente. El propio Kelsen no pudo evitar la matización de este punto, si bien con un ánimo que no demerita sus conceptos de base. En un epígrafe de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en que desarrolla “el procedimiento del control de constitucionalidad” ya sostuvo que era muy oportuno permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo oponerse a los actos de las autoridades públicas, en concreto, a las resoluciones judiciales o los actos administrativos. Puede que esas resoluciones judiciales o actos administrativos sean perfecta e inmediatamente regulares, pero que hayan sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. En estos casos, el control de las resoluciones de los jueces se justifica en la medida en que aplican normas (leyes o reglamentos) que adolecen de irregularidad constitucional.<sup>17</sup>

Este argumento puede utilizarse para consolidar la tesis según la cual el contenido de la propuesta kelseniana es la centralización del control normativo. Que se admita aproximar el recurso de inconstitucionalidad a una especie mediatizada de *actio popularis* contra actos judiciales, inme-

---

la independencia de los jueces en la realidad socio-política en la que escribe, es legítimo pensar que esta circunstancia en realidad no aportó mucho a la justificación y necesidad del Tribunal Constitucional austriaco de 1920 ¿Por qué entonces si confiaba plenamente en la independencia de los jueces se mostró contrario a un control descentralizado de constitucionalidad de las leyes? En el núcleo de la respuesta se encuentra no el problema de la independencia judicial sino otras razones de fondo, entre las que destaca el peligro que hubiera significado la falta de seguridad jurídica en la aplicación de las leyes cuyo contenido fuese constitucionalmente controvertido. El escenario de la inseguridad jurídica era la indeseable consecuencia del sistema difuso de control que Kelsen, con su modelo, pretendía evitar. Cfr. Kelsen (1942): cit. nota 12, pp. 185–186.

<sup>(16)</sup> Cfr. *La garantía*, p. 68.

<sup>(17)</sup> Cfr. *La garantía*, p. 89. Esta propuesta de *constitutione ferenda* fue acogida por la Constitución austriaca tras su importante reforma de 7 de diciembre de 1929. Este procedimiento de control, hoy conocido como “cuestión de inconstitucionalidad”, fue explicado nuevamente en los Estados Unidos por Kelsen [(1942): cit. nota 12, pp. 194–196], en donde aclaró que los litigantes privados podían solamente *sugerir* el control de constitucionalidad sin que les asistiera, propiamente, un derecho de acción procesal. También recuerda que en Austria el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes sólo podía ser instado por altos tribunales: por el Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) o por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*).

diatamente regulares pero mediatamente inconstitucionales, es una situación especial que, sin embargo, persigue el mismo objetivo teórico: abrir las posibilidades de la activación procesal solo para centralizar el control de constitucionalidad de leyes supuestamente irregulares y evitar así los efectos dañosos que pudiera causar su aplicación en casos concretos.<sup>18</sup> En efecto, una importante consecuencia que de ello resulta es la evitación del control descentralizado de las leyes en manos de los jueces, es decir, el temido “gobierno de los jueces”, que fue rechazado en Europa desde el corazón de los dogmas de la doctrina jurídica de la época.<sup>19</sup>

Llegados a este punto, es obligado confirmar que el motor principal de la jurisdicción constitucional es el control de la legislación. La razón de ser del tribunal constitucional originario es concentrar el control de regularidad de las normas jurídicas.

## 2. El modelo *constitucionalizado*: la apertura competencial de la jurisdicción del Tribunal Constitucional

Tanto en la realidad como en la teoría de Kelsen hay aspectos que, sin embargo, apoyan una concepción extensiva de las competencias de la jurisdicción constitucional concentrada. Ésta es una idea que bien podría obtenerse, pero no únicamente, a partir de *La garantía jurisdiccional de la Constitución*.

Los acontecimientos históricos precedentes a la Constitución de 1920, como no podría ser de otra manera, también fueron decisivos para el modelo de tribunal constitucional que se creó en dicha Constitución. El modelo originario del tribunal constitucional austriaco tuvo las características que configuró su principal creador pero en conjunción con un buen número de competencias heredadas del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*). Kelsen tomó en buena consideración dichas competencias principalmente por motivos de coherencia histórica y, en algunos otros casos, como consecuencia del impacto que supuso la dialéctica de las fuerzas políticas en el momento constituyente.<sup>20</sup>

<sup>(18)</sup> En efecto, propiamente dicho, “(...) no se trata de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional (...)” [*La garantía*, p. 89]. Así, el soporte teórico de esta concreta posibilidad no se debe exactamente a la atención del interés jurídico de los particulares sino al interés público que entraña salvaguardar la constitucionalidad del ordenamiento. En este sentido, Kelsen asume que, una vez conocida la opinión del particular “se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación”: *La garantía*, p. 89. Insiste en este punto en: Kelsen (1942): cit. nota 12, pp. 193–196.

<sup>(19)</sup> Cfr. García de Enterría (2001): cit. nota 4, p. 132.

<sup>(20)</sup> Desde luego, además de ese trasfondo histórico, la doctrina de la época en que fueron creados los primeros tribunales constitucionales en Europa (señaladamente, Che-

En lo que sigue, realizaré una aproximación historiográfica a ese contexto. Después regresaré a las evidencias que pueden hallarse en el pensamiento escrito de Kelsen.

### 2.1. La sucesión del recurso para la protección de los «derechos constitucionalmente garantizados»

En Austria, la Constitución del Imperio, de 21 de diciembre de 1867 (conocida como *Dezemberverfassung*), estuvo integrada por cinco “leyes fundamentales del Estado” (*Staatsgrundgesetze*). Para lo que aquí interesa, la segunda de esas leyes (la núm. 142) reconocía los derechos generales de los ciudadanos (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder*), y la tercera (núm. 143) versaba sobre el Tribunal del Imperio (*Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes*).<sup>21</sup>

En este ordenamiento imperial se halla la gestación en Austria de una tutela directa de derechos, al haberse reconocido al Tribunal del Imperio una competencia para conocer de recursos (*Beschwerden*) sobre violaciones a los derechos políticos (*politischen Rechte*) garantizados por la Constitución. Los “derechos políticos” de los ciudadanos fueron entendidos por la jurisprudencia de ese Tribunal como “los derechos garantizados constitucionalmente”, esto es, todos los derechos que la Constitución

---

coslovaquia y Austria en 1920) fue también tributaria de una serie de otros acontecimientos de un pasado más o menos remoto. Para una visión general de la tradición jurídica europea en donde pueden hallarse gérmenes históricos del control de constitucionalidad, véase: Cappelletti, Mauro, y Clarke Adams, John (1966): “Judicial review of legislation: European antecedents and adaptations”, *Harvard Law Review* 79, pp. 1207–1213; o Cappelletti, Mauro (1968): *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milano, Giuffrè, pp. 27 y ss. (Cap. II). Para amplias referencias, principalmente con respecto a la experiencia austriaca: Haller, Herbert (1979): *Die Prüfung von Gesetzen; ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Wien/New York, Springer/Verlag, pp. 1 y ss. Quizá la expresión más importante de la preocupación por este tema en el derecho público anterior a la institucionalización de los primeros tribunales constitucionales europeos, sea el visionario libro que Georg Jellinek escribió 35 años antes de la creación formal del Tribunal Constitucional austriaco: cfr. Jellinek, Georg (1885): *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Alfred Hölder; en donde ya planteaba la idea de convertir al Tribunal imperial en un tribunal constitucional, aunque no se encuentre todavía ahí desarrollada la noción del control autónomo de constitucionalidad de las leyes. Cfr. Haller (1979): cit., pp. 25–30.

<sup>(21)</sup> Para las funciones y el análisis de la actuación de este Tribunal, véase: Eisenmann, Charles (1928): *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, pp. 127–156. Para Sylvie Peyrou-Pistouley [(1993): *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, p. 42], es evidente que el Tribunal del Imperio es la innovación más importante de la Constitución de 1867, dado su carácter de “precursor de la justicia constitucional contemporánea”.



reconocía a favor de las personas frente al Estado, establecidos en la ley fundamental núm. 142.<sup>22</sup> Pese a su evidente interés histórico, este recurso adolecía de importantes limitaciones, principalmente la relativa a los efectos meramente declarativos (no constitutivos) de las sentencias del Tribunal.<sup>23</sup>

En octubre de 1918, tras la caída del imperio austro-húngaro, iniciaron los complejos acontecimientos constituyentes que derivarían en la promulgación de la Constitución federal, dos años después, el 1º de octubre de 1920.<sup>24</sup> Una institución fue creada durante el periodo de transición del Tribunal del Imperio al Tribunal Constitucional de 1920: el Tribunal Constitucional instituido en la Ley núm. 48, de 25 de enero de 1919 (el *Deutschösterreichischer Verfassungsgerichtshof*). Este Tribunal “provisional” no contó todavía con una función para el control de normas, aunque la exposición de motivos de la ley tiene ya como autor a Hans Kelsen, en su papel de asesor del canciller Karl Renner. Debe destacarse que dicha ley sí que recogió la competencia para conocer del recurso frente a violaciones de “derechos constitucionalmente garantizados”, que podía interponerse directamente ante dicho Tribunal.<sup>25</sup> Posteriormente, la Ley de 3 de abril de 1919 (núm. 212) le atribuye la función casacional a las sentencias de amparo, esto es, la capacidad de anular el acto o disposición impugnados.<sup>26</sup>

Los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente (*Konstituierende*

<sup>(22)</sup> Cfr. Eisenmann (1928): cit. nota anterior, p. 130 (nota 1).

<sup>(23)</sup> Por esta razón, observó Cappelletti que la *Beschwerde* austriaca de 1867 fue “una «concesión benévola» imperial más que una conquista directa del ciudadano”; cfr. Cappelletti, Mauro (1955): cit. nota 3, p. 40 (nota 102). Para las características generales y los límites (objetivos y subjetivos) de este recurso, véanse: pp. 37–39. En el capítulo segundo de este libro, el autor reflexiona sobre la relación histórica entre la *Beschwerde* de 1867, la establecida en la Constitución de 1920 y la que fue restablecida en el año de 1946; véanse: pp. 39–44.

<sup>(24)</sup> Las vicisitudes del episodio constituyente fueron explicadas por el propio Kelsen en varios trabajos. Véase, por ejemplo, su libro: Kelsen, Hans (1923): *Österreichisches Staatsrecht; ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen, Mohr, pp. 74 y ss. Para una reconstrucción de dicho episodio constituyente, véase: Scheffbeck, Günther (1995): „Verfassungsentwicklung 1918-1920“, en *75 Jahre Bundesverfassung. Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlußfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz* [ed. Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft], Wien, Verlag Österreich, pp. 53–107.

<sup>(25)</sup> Cfr. Kelsen, Hans, con la colaboración de Froehlich, Georg, y Merkl, Adolf (1922): *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Wien y Leipzig, Franz Deuticke, pp. 247–248. Los recursos que tuvieron lugar entre los años de 1919 y 1920 en contra de vulneraciones a esos derechos fueron motivados por prohibiciones a ingresar al territorio nacional, prohibiciones de los gobiernos de algunos *Länder* a la residencia de ciudadanos de otras partes de la República, o por reclamos fiscales en contra del extinto Imperio. Véase: Schmitz, Georg (2003): “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920”, *Ratio Juris*, vol. 16, no. 2, p. 247.

<sup>(26)</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918–1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 249–251.

*Nationalversammlung*) concluyeron en el otoño de 1920. En ese momento fue posible observar que el Tribunal del Imperio había legado algunas de sus competencias al recién creado Tribunal Constitucional. En parte, esta situación explica el amplio espectro de su actuación competencial que le quedó finalmente reconocida en la Constitución federal. Entre estas competencias, el recurso por violación de “derechos constitucionalmente garantizados” se estableció en el artículo 144.<sup>27</sup> No puede dejarse de mencionar que la pervivencia de este recurso tiene un precedente de interés en la defensa del canciller Renner por mantener esta antigua competencia del Tribunal del Imperio, que era considerada como la más importante de todas las que había tenido ese Tribunal. Tal convicción había sido hecha pública por Renner cuando en noviembre de 1918 se discutía el futuro de ese órgano.<sup>28</sup>

Lo anterior significa que un recurso para la tutela directa de derechos individuales, junto con otras competencias del Tribunal del Imperio,<sup>29</sup> se incorporó a la idea kelseniana del tribunal constitucional. Pero nada impide que, en términos generales, esa simbiosis también pueda observarse a la inversa: que hayan sido las instituciones kelsenianas las que se fusionaron, si bien de manera predominante, con las competencias supervivientes del

<sup>(27)</sup> Por su especial interés, conviene transcribir la originaria literalidad de este artículo: “Art. 144. (1) El Tribunal Constitucional conoce de recursos por violación (*Verletzung*) de derechos constitucionalmente garantizados mediante la decisión o resolución de una autoridad administrativa, tras el agotamiento de las instancias en la vía administrativa. // (2) El acceso al conocimiento del Tribunal Constitucional provoca la anulación de la decisión o resolución inconstitucional. La opinión jurídica del Tribunal Constitucional será vinculante para la nueva decisión o resolución de la autoridad”. Para una exposición de las características de este recurso, véase: Eisenmann (1928): cit. nota 21, pp. 236–273.

<sup>(28)</sup> Esta reflexión fue incluso expresada por escrito, cuando Renner introduce su idea acerca de cómo articular un tribunal constitucional para Austria. En su libro de 1918: *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen, in besonderer Anwendung auf Österreich* [vol. 1: *Nation und Staat*, Leipzig y Wien, Franz Deuticke], se encuentra la siguiente concreta manifestación: “(El) Tribunal Constitucional además ha de velar por los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos y órganos públicos, personas físicas o jurídicas por igual, para continuar así con esta importante función de nuestro Tribunal imperial” (p. 292).

<sup>(29)</sup> Concretamente, las atribuciones que del Tribunal del Imperio pasaron al Tribunal Constitucional fueron las que quedaron establecidas en los artículos 137, 138 y el mencionado 144. El artículo 137 se refería al conocimiento de demandas que podían interponer la Federación, los *Länder* y las municipalidades, y que no pudieran resolverse ni por los tribunales de la jurisdicción ordinaria ni por autoridades administrativas. El artículo 138 establecía los conflictos de competencia entre órganos judiciales y autoridades administrativas, entre los órganos judiciales y el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), y entre este Tribunal y el propio Tribunal Constitucional, así como conflictos entre los *Länder*, y entre un *Land* y la Federación. Cfr. Paulson, Stanley L. (2003): “Constitutional review in the United States and Austria: Notes on the beginnings”, *Ratio Juris*, vol. 6, nº 2, pp. 232–233.

Tribunal del Imperio.

En todo caso, lo que importa recapitular en este punto son dos importantes consideraciones. La primera es que, como el propio Kelsen dio cuenta, la misión que le fue encomendada por el canciller Renner fue tratar de conservar en su proyecto de Constitución todo aquello que de la Constitución anterior (de 1867) podía ser mantenido. Al mismo tiempo, Kelsen tomó en consideración instituciones de la Constitución suiza y de la Constitución alemana de Weimar que en por ese tiempo había sido recientemente promulgada.<sup>30</sup> Aún más, su proyecto final fue tomado en cuenta por la subcomisión de asuntos constitucionales conjuntamente con otros proyectos.<sup>31</sup>

Así, puede decirse que el proceso creativo de la jurisdicción constitucional concentrada se vio inmerso en un escenario constituyente complicado, en el que tuvo lugar la discusión de una importante amalgama de ideas. El proceso constituyente austriaco, considerado en su totalidad, tuvo una nada desdeñable disposición por la adaptación institucional y quizá vivió una más intensa dialéctica política de la que comúnmente se piensa. En medio de estos debates fue que el paradigma del Tribunal Constitucional pudo emerger, efectivamente, gracias a la central intervención de Hans Kelsen.<sup>32</sup>

La segunda consideración que cabe hacer es reconstruir la posición de Kelsen frente a la competencia del Tribunal del Imperio en materia de amparo de derechos individuales. En una importante declaración registrada el 9 de diciembre de 1918, documentada por Georg Schmitz,<sup>33</sup>

<sup>(30)</sup> Cfr. Paulson, Stanley L. (2000): "On Hans Kelsen's role in the formation of the Austrian constitution and his defense of constitutional review", en *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, [ed. W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger, G. H. von Wright], Berlin, Duncker & Humblot, pp. 386–388; Paulson, Stanley L. (2003): cit. nota anterior, pp. 231–232; Schmitz (2003): cit. nota 25, pp. 244–245.

<sup>(31)</sup> Sobre este punto, véase: Cruz Villalón, Pedro (1987), cit. nota 26, pp. 246–262. Para el contenido y un análisis de los proyectos constitucionales de Kelsen, véase: Schmitz, Georg (1981): *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, Manz, pp. 44–60.

<sup>(32)</sup> En general, sobre el papel de Kelsen en la elaboración de la Constitución austriaca de 1920, cfr. Öhlinger, Theo (2006): "Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica", trad. J. Brage Camazano, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, México, Porrúa/IIDPC, en especial pp. 217–220; García Belaunde, Domingo (2007): "Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, México, Porrúa/IIDPC, en específico: pp. 144–147. Para mayores detalles, véase: Leser, Norbert (1995): „Hans Kelsen und die österreichische Bundesverfassung“, en *75 Jahre Bundesverfassung. Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlussfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz* [ed. Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft], Wien, Verlag Österreich, pp. 791–805.

<sup>(33)</sup> El principal objetivo de esta declaración fue rechazar el proyecto de transición del

se expresa de la siguiente manera:

Es (...) necesario tomar precauciones al consumir las funciones del antiguo Tribunal del Imperio. Es posible que el Tribunal del Imperio no sea reemplazado por un nuevo órgano pero que sus competencias sean asignadas a otro tribunal, como el Tribunal Administrativo o a cualquier otro que ocupe el lugar de este Tribunal. Esto sería sin duda lo más aconsejable si no fuera por el hecho de que *la más importante competencia del antiguo Tribunal del Imperio, a saber, la protección constitucional de los derechos individuales y políticos* y la decisión de conflictos de competencia exige una única corte de justicia, con el máximo grado de independencia, y con extraordinarias cualificaciones jurídicas por parte de sus miembros. (...) debería ciertamente considerarse apropiado que el recién creado Tribunal Constitucional *estuviera investido no sólo con la competencia para proteger derechos políticos* sino también con la competencia para decidir en casos de responsabilidad pública y con competencia para escrutar elecciones. Pero reformas de largo alcance como éstas exceden la limitada competencia de la Asamblea Nacional Provisional, y han de ser reservadas a la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>34</sup>

La claridad de este texto permite afirmar que, al menos en ese primer estadio de las discusiones, Kelsen no viera inapropiado encomendar un recurso para el amparo de derechos al conocimiento del Tribunal Constitucional. Ahora bien, esta competencia no apareció desarrollada en sus proyectos I a VI, sino hasta el último de ellos (el núm. VII).<sup>35</sup> Pero esta circunstancia sería mucho más desconcertante si no fuera porque la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional casi nunca estuvo exenta de modificaciones. Hay análisis doctrinales que muestran que la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional no fue siempre necesariamente consistente. Al contrario, a lo largo de su maduración, sufrió adecuaciones, ya fuera para ajustarla a mejores reflexiones propias o para adaptarla a

---

Tribunal del Imperio que había redactado Rudolf Hermann, en nombre del Ministerio de Justicia. Schmitz atribuye el descubrimiento de este documento a Gerald Stourzh, en los archivos de la República de Austria (AdR, *DÖ Staatskanzlei Z.* 1032/1918, suplemento III). Véase: Schmitz (2003): cit. nota 25, pp. 244–245.

<sup>(34)</sup> Cfr. Schmitz (2003): cit. nota 25, pp. 244–245 [La traducción y las cursivas son mías]. Como se ha dicho con anterioridad, el concepto de “derechos políticos” había sido interpretado por el Tribunal imperial como equivalente al más amplio concepto de “derechos constitucionales”.

<sup>(35)</sup> Cfr. Schmitz (2003): cit. nota 25, pp. 250–251.

otras propuestas políticas.<sup>36</sup>

Lo cierto es que en su último proyecto, en que comparte conclusiones con el llamado “proyecto privado” de Michael Mayr, asesor del partido social-cristiano, Kelsen finalmente consideró el recurso individual, el cual estaba destinado a proteger los “derechos políticos”. Luego, la calificación de “políticos” que se asignaba a estos derechos desapareció durante los trabajos de la subcomisión de asuntos constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente, dada la ambigüedad que en su seno planteó esa expresión.<sup>37</sup> Ello sugiere que no se quiso que estos derechos quedaran vinculados a la que, sin embargo, había sido la amplia interpretación de los mismos por el Tribunal del Imperio. De todos modos, en términos generales, puede afirmarse que el capítulo dedicado al Tribunal Constitucional (artículos 137–148) fue adoptado por la subcomisión constitucional en la forma en que Kelsen lo había propuesto en su proyecto final.

La competencia para la tutela directa de los derechos por el Tribunal Constitucional incluyó la configuración de principios procedimentales que guardan lógica semejanza con los que en la actualidad pueden ser considerados como propios de un recurso constitucional de este tipo: *a*) que el objeto de la impugnación fuese la vulneración de derechos establecidos por la Constitución; *b*) que hubiese sido cometida por resolución de una autoridad administrativa federal o de un *Land*; y *c*) que en contra de ella se hubiesen agotado todos los recursos dispuestos en el orden administrativo para su defensa.<sup>38</sup>

## 2.2. Tutela subjetiva de derechos y control de oficio de constitucionalidad de las

<sup>(36)</sup> Para las “mutaciones”, “oscilaciones” e “incertezas” que se observan en las ideas de Kelsen durante el periodo en que elaboraba su proyecto de jurisdicción constitucional, puede verse la reconstrucción histórica de: Caravita (1985): cit. nota 11, pp. 60–67.

<sup>(37)</sup> Cfr. Schmitz (2003): cit. nota 25, p. 260.

<sup>(38)</sup> No puede pasarse por alto que el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) contaba con una competencia, en algún modo concurrente, para decidir cuestiones suscitadas por particulares debidas a lesiones de sus derechos, causadas por decisiones o disposiciones de autoridades administrativas (artículo 129 de la Constitución austriaca). Por eso, fue necesario interpretar cuál debía ser el campo de actuación de este Tribunal con respecto al artículo 144, competencia del Tribunal Constitucional. Kelsen explicó la organización y la relación de unas y otras funciones en su trabajo: Kelsen, Hans (1923): “Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, tomo 64 (nueva serie: tomo 42), Basel, pp. 173–217. Puede verse la traducción italiana de este trabajo: Kelsen, Hans (1981): “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1º ottobre 1920”, en su libro *La giustizia costituzionale* (ed. Carmelo Geraci), Milano, Giuffrè, pp. 12 y ss.

leyes

Un sector de los intérpretes del pensamiento kelseniano no duda en afirmar que el control *ex officio* de las leyes constituye el auténtico punto de inflexión del desarrollo inicial de la jurisdicción constitucional.<sup>39</sup> Para Theo Öhlinger, esta atribución permitió al Tribunal Constitucional austriaco posicionarse desde un inicio como un más completo guardián de la Constitución, sobre todo en cuanto hizo posible la protección real de los derechos constitucionales.<sup>40</sup> Así, el resultado práctico fue muy plausible: que el control de oficio de la constitucionalidad de las leyes surgiese de una instancia individual sobre la base del artículo 144. A propósito de la instauración del recurso individual, los particulares podían invocar la inconstitucionalidad de la ley en que se fundara la medida administrativa impugnada. De esta manera, podían darse evidentes condiciones para que el Tribunal Constitucional iniciara el procedimiento *ex officio* del control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, siempre que este control fuese el presupuesto de su decisión, en aplicación de los arts. 139.1 o 140.1 de la Constitución.<sup>41</sup> En los comentarios a la Constitución austriaca, Kelsen, Froehlich y Merkl firmaron conjuntamente que esta regulación podía interpretarse como una “indirecta y limitada” *actio popularis*,<sup>42</sup> en cuanto el control de oficio tenía su base en la iniciativa de particulares. Por esta razón, el control normativo se ponía en directa relación con la tutela de situaciones jurídicas subjetivas.<sup>43</sup>

Para algunos reconstructores del significado originario del control de oficio, una importante consecuencia de lo que se acaba de decir es la desvirtualización de la (supuesta) equivalencia conceptual entre el control abstracto y el control de constitucionalidad idealizado por Kelsen. Por ejemplo, Bongiovanni observa que los alcances de esta atribución incluso

<sup>(39)</sup> Ésta es una de las tesis centrales en el trabajo de: Öhlinger (2003), cit. nota 11, pp. 206, 213–214. En esta dirección, véase también: Caravita (1985): cit. nota 11, p. 64.

<sup>(40)</sup> Öhlinger (2006): cit. nota 32, pp. 219–220; y Öhlinger (2003), cit. nota 11, pp. 206, 214.

<sup>(41)</sup> Cfr. Eisenmann (1928): cit. nota 21, pp. 184–185; Öhlinger (2003), cit. nota 11, pp. 214–215.

<sup>(42)</sup> Cfr. Kelsen, Froehlich y Merkl (1922): cit. nota 25, pp. 254 y 255.

<sup>(43)</sup> En este sentido, escribe Beniamino Caravita [(1985): cit. nota 11, p. 52], el interés por la “garantía de los derechos constitucionalmente garantizados *se funde* con el decisivo interés constitucional de la anulación de los reglamentos ilegítimos o de las leyes inconstitucionales” (cursivas mías); para más detalles sobre su argumento véanse: pp. 51–55; 63–67; y 105–109. De similar opinión es Bongiovanni [cfr. Bongiovanni, Giorgio (1998): *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, pp. 192, 200–201], para quien el Tribunal Constitucional austriaco “adquiere así una dimensión no sólo ‘abstracta’ sino también directamente vinculada a la garantía de los derechos en el caso concreto (...) (p. 201).

proyectan un control de “extrema concreción”.<sup>44</sup> Así, el papel que emergió del Tribunal Constitucional austriaco fue el de garante de los derechos fundamentales de los individuos, que en los desarrollos dogmáticos del modelo “abstracto” suele ser o relegado a un segundo plano, o, en el peor de los casos, totalmente ignorado.<sup>45</sup>

Con todo, la recepción histórica del amparo como competencia del Tribunal Constitucional kelseniano habla por sí misma a favor de la *tesis de la compatibilidad* entre el control abstracto de las leyes y la tutela subjetiva de los derechos. Esto todavía puede no autorizar la afirmación sin reservas de que Kelsen estuviese incondicionalmente a favor de la institución, sobre todo si se toma en cuenta la poca reflexión que le mereció este tema en su sistemática teórica de la jurisdicción constitucional. No obstante, los rastros de su posibilidad son manifiestos en algún punto de su argumentación entre dos extremos: la amplitud competencial de la jurisdicción constitucional y el principio de racionalidad subyacente a la misma.

### III. EL MODELO SISTEMATIZADO: LOS ARGUMENTOS EXTENSIVOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LAS TESIS DE KELSEN

#### 1. La mejor garantía jurisdiccional de la Constitución

Existen argumentos que soportan una aptitud *extensiva* del modelo de jurisdicción constitucional en Kelsen.<sup>46</sup> Volviendo a su contribución de 1928, ahí discute que la garantía jurisdiccional de la Constitución es un elemento del sistema de medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.<sup>47</sup> La división tradicional de esas funciones estatales que Kelsen tiene en mente es la triada: legislación, jurisdicción y

---

<sup>(44)</sup> Cfr. Bongiovanni (1998): cit. nota anterior, pp. 178 y 200.

<sup>(45)</sup> Cfr. Caravita (1985): cit. nota 11, pp. 54-55, en especial: nota 51, en donde critica a la doctrina, principalmente italiana, que ha reconstruido el modelo “abstracto” sin considerar el rol que en el primer modelo austriaco tuvo la tutela de los derechos subjetivos mediante el control normativo *ex officio*.

<sup>(46)</sup> En similar sentido, véase, por ejemplo: Bongiovanni (2007): cit. nota 11, p. 313; y principalmente: Bongiovanni (1998): cit. nota 43 [pp. 200-207], para quien “el modelo kelseniano no delinea un modelo ‘unívoco’ de Corte sino que simplemente fija los caracteres de la jurisdicción constitucional, como garantía del sistema democrático, que puede haber al interior de sistemas diversos.” (p. 207). Cfr. también: Giovannelli, Adriano (1983): “*Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana e Corte Costituzionale*”, apéndice de su libro: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, p. 259.

<sup>(47)</sup> *La garantía*, p. 10.

administración.<sup>48</sup> La mejor manera de defender la prevalencia de la República democrática es organizando “todas las garantías posibles” de regularidad de estas funciones estatales.<sup>49</sup>

En 1931, vuelve a esa idea en su célebre réplica a Carl Schmitt. En las primeras líneas de su texto *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* escribió que el reclamo jurídico-político de las instituciones para el control de constitucionalidad del comportamiento de los órganos del Estado inmediatamente subordinados a la Constitución, responde al principio de máxima juridicidad de la función estatal. La pregunta técnico-jurídica acerca de cuál es la mejor organización de las garantías constitucionales “puede ser respondida de diversas maneras, según el carácter peculiar de la Constitución y la distribución del poder político que ésta determina (...)”.<sup>50</sup>

En consecuencia, se podría decir que la mejor jurisdicción constitucional en Kelsen es aquella que puede controlar que *todas* las funciones del Estado respeten la Constitución. Como se vio, es a partir de este escenario que dibuja las directrices del control concentrado, poniendo el acento en la *esencialidad* de la jurisdicción constitucional de la ley. Pero debido al amplio escenario constitucional del que parten sus reflexiones, la esencialidad de una jurisdicción constitucional para el control del legislador no elimina otras posibilidades competenciales del tribunal constitucional ¿De qué manera debe ser reconstruida esta idea?

En su texto de 1928, Kelsen se refiere solamente en una ocasión a lo que pudiera calificarse como la noción “pura” de la garantía jurisdiccional de la Constitución. Merece la pena transcribir el fragmento en donde tal noción está presente:

En la determinación de la competencia de la jurisdicción constitucional intervienen dos puntos de vista: por un lado, *la noción pura de garantía de la Constitución* que conduciría a incorporar en ella el *control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución* y sólo ellos. Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales que incorporaría al control de la jurisdicción constitucional las leyes y los reglamentos. Es necesario, haciendo a un lado todo prejuicio doctrinal, combinar estos dos principios según las necesidades de la Constitución considerada.<sup>51</sup>

Quisiera llamar la atención hacia dos importantes puntualizaciones que pueden inferirse de este párrafo. La primera de ellas es que si hay una

<sup>(48)</sup> *La garantía*, pp. 47-48.

<sup>(49)</sup> *La garantía*, p. 99.

<sup>(50)</sup> Kelsen (2002): cit. nota 9, p. 4.

<sup>(51)</sup> *La garantía*, p. 64 (cursivas mías).



noción kelseniana “pura” de la garantía de la Constitución, ella equivaldría a la sencilla fórmula según la cual la irregularidad constitucional es predicable de todo acto que se encuentre sometido, inmediatamente, a la autoridad de la Constitución. Kelsen observa que por debajo de la Constitución no sólo hay leyes, en cuanto normas generales producidas por el legislador. Habrá ocasiones en que, además de leyes, en el siguiente escalón de la estructura normativa haya actos jurídicos distintos. Tal es el caso, en primer término, de los mencionados reglamentos “autónomos”, o de los “decretos-ley”, los cuales no se hacen depender formalmente de una ley. Como estos actos jurídicos están directamente subordinados a la Constitución, el control de su regularidad no puede contrastarse con el contenido de ley alguna, como en principio sería lo técnicamente procedente. Su regularidad debe examinarse directamente frente a la Constitución, evitándose de este modo el enorme peligro de que se sustraigan del control jurisdiccional.<sup>52</sup> En esta perspectiva, los reglamentos o los decretos-ley no son solamente normas de carácter general. Son también actos jurídicos inmediatamente sujetos a la autoridad de la Constitución y, en esta medida, son actos controlables por el tribunal constitucional.

La segunda idea que se deriva del texto transcrito, sin embargo, se traduce en un argumento que contribuye definitivamente al desvanecimiento de una supuesta equivalencia del sistema con el exclusivo control de la ley. Kelsen dice que la noción “pura” de la garantía de la Constitución (esto es, el control de los actos inmediatamente subordinados a la Constitución) puede combinarse con “otro punto de vista”. Ese otro “punto de vista” es la perspectiva de la jurisdicción constitucional para los actos generales y los actos individuales que también pueden ser objeto de su control. Apunta que es incluso “necesario” combinar el principio de la “pureza” del control con este otro principio, que sustenta una dualidad de actos jurídicos controlables: los actos generales y los actos individuales. Mas aún, indica que en la organización de la jurisdicción constitucional deben “dejarse de lado los prejuicios doctrinales”, sugiriendo que tales prejuicios pudieren impedir esa deseable combinación de visiones teóricas. La combinación responderá a

---

<sup>(52)</sup> Incluso, Kelsen va más allá cuando introduce una nueva excepción a su idea general de que mediante la jurisdicción constitucional sean controlables *solamente* los actos “inmediatamente subordinados a la Constitución”. Siguiendo sus consejos, puede atribuirse al tribunal constitucional inclusive el control de la regularidad de “reglamentos complementarios”, de los cuales puede predicarse su inmediata legalidad y, sólo mediatamente, su inconstitucionalidad. Recomienda que la configuración de esta clase de control deba ser clara, para no interferir el ámbito de actuación de la jurisdicción administrativa. Véase: *La garantía*, pp. 61–64.

las necesidades de la Constitución considerada, que son las que, finalmente, determinarán qué sea aquello que deba ser objeto de control por parte del tribunal constitucional.

Resulta claro, como se ha visto, qué significan para Kelsen los “actos generales”, en cuanto atribuibles al legislativo y al ejecutivo. Pero más allá de las precisiones mencionadas sobre los actos jurídicos de los tribunales ¿De qué manera cabe considerar a los actos individuales como actos susceptibles de control por un tribunal constitucional?

## 2. Los actos individuales

En unos pasajes de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* que Kelsen dedica a la noción de la Constitución, abre las posibilidades de garantía al control de “actos individuales”. La Constitución material contiene no sólo procedimientos para la producción de la legislación y reglas de actuación de los órganos ejecutivos superiores, sino también un catálogo de derechos fundamentales (el cual define “las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos”). Si esto es así, en los Estados modernos, escribe Kelsen, “no son solamente las normas generales (leyes o reglamentos) las que se encuentran inmediatamente subordinadas a la Constitución sino, además, ciertos actos individuales que pueden, por tanto, ser inmediatamente inconstitucionales”.<sup>53</sup> Seguidamente, es categórico al sostener: “El número de actos individuales que se encuentran subordinados a la Constitución de modo inmediato puede, naturalmente, ser aumentado a voluntad; es suficiente con revestir con la forma constitucional, en razón de motivos políticos (...)”.<sup>54</sup>

Kelsen llama a esta vertiente, que podríamos calificar como *extensible* de la garantía jurisdiccional de la Constitución: “garantía de la regularidad de los actos de ejecución de las leyes”. Puede pensarse que este modo de proceder comporta una ruptura del orden reproductivo “escalonado” de los actos jurídicos. Lo que ocurre es que cuando la decisión constituyente lleva a subordinar actos individuales a la autoridad de la Constitución, la noción de Constitución ha ido “más allá de su dominio originario” o “natural”, la cual resulta de la estructura jerárquica del Derecho.<sup>55</sup> Por eso, en rigor, la garantía específica de la Constitución no se presenta en este caso. Pero éste es un argumento que no se contrapone ni anula la idea según la cual el número de actos individuales pueda ser “aumentado a voluntad, en razón de motivos políticos”. Es un argumento que sirve a explicar cuál es el significado técnico

---

<sup>(53)</sup> *La garantía*, p. 26.

<sup>(54)</sup> *La garantía*, pp. 26–27.

<sup>(55)</sup> *La garantía*, p. 27.

de la jurisdicción constitucional. La realidad política es la que determina qué aspecto de las funciones estatales sometidas a la autoridad de la Constitución quedan sujetas a la jurisdicción del tribunal constitucional. La ejecución de las leyes en casos concretos es capaz de producir, por ejemplo, una necesidad de control “reflejo” de constitucionalidad.<sup>56</sup> Esta situación genera actos individuales que pueden ser objeto de la responsabilidad controladora del tribunal.

No debe perderse de vista que al hablar de “actos individuales” de la manera en que se acaba de exponer, en principio, Kelsen está pensando fundamentalmente en los actos de la administración. Por ello, advierte que cuando la decisión política lleve a subordinar dichos actos directamente a la Constitución, debe tenerse el suficiente cuidado de que el diseño de la jurisdicción constitucional no invada la esfera de competencias de la jurisdicción administrativa.<sup>57</sup> No obstante, en otros pasajes de su contribución, el concepto de “actos individuales” no se reduce a esos actos sino que también alcanza a las resoluciones judiciales. Cuando este particular enfoque sale a flote nuestro autor fundamenta su postura siempre sobre la base del principio de racionalización del control, un principio cuya presencia no está sujeta a discusión, a la luz de todo el pensamiento kelseniano de la jurisdicción constitucional.

La convicción de Kelsen por la posibilidad de someter actos jurídicos individuales al conocimiento del tribunal constitucional se hace patente, por ejemplo, al fundamentar el acceso de los litigantes en procesos judiciales o administrativos a la jurisdicción constitucional. Las partes de

---

<sup>(56)</sup> Kelsen ilustra esta idea con un ejemplo. Cuando la Constitución señala principios relativos al contenido de las leyes, señaladamente, un catálogo de derechos fundamentales, “los actos administrativos hechos en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales, en un sentido distinto del que tiene todo acto administrativo ilegal. Así, por ejemplo, si la Constitución dispone que la expropiación no puede tener lugar sino mediante plena y completa indemnización y si, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional (que señala también el principio de plena indemnización) pero en contradicción con sus disposiciones (esto es, sin indemnización), entonces el acto administrativo no es ilegal e indirectamente inconstitucional en el sentido habitual, pues no va únicamente contra la ley y contra el principio constitucional general de la legalidad de la ejecución, sino, además, contra un principio especial expresamente señalado por la Constitución (a saber, que toda expropiación debe ser acompañada de una plena y entera indemnización) excediendo así el límite específico que la Constitución impone a la legislación. Con base en esto se comprende que contra los actos ilegales de esta naturaleza se pone en movimiento una institución que sirve a la garantía de la Constitución”; *La garantía*, pp. 29–30.

<sup>(57)</sup> Para la distinción kelseniana entre ambas jurisdicciones véase: Kelsen (1923): cit. nota 38.

estos procesos tienen la posibilidad de impulsar, de modo indirecto, la revisión de constitucionalidad de normas generales. La tienen porque el acto jurídico individual que les concierne pudo haber sido regularmente realizado pero en aplicación de una norma que puede ser inválida.<sup>58</sup> Esta postura favorece un doble objetivo. El primero es (como se ha visto en el epígrafe II.1) hacer más potente la concentración del control de la legislación: si los individuos sugieren el control de una ley cuya aplicación resulta dañosa a sus derechos, la inmunidad del orden constitucional estará mejor garantizada. El segundo objetivo merece subrayarse ahora: no puede descartarse *a priori* que estos actos individuales se sometan a la jurisdicción constitucional porque en ellos se encuentra indirectamente implicado un control de legislación. Así, al argumento según el cual los actos individuales sujetos a la jurisdicción constitucional dependen de la voluntad política, debe añadirse otro: si a propósito de tales actos tiene lugar la aplicación de una ley inconstitucional, la posibilidad de prever tal sujeción competencial es más intensa.

Por otra parte, la amplitud de la teoría kelseniana también se refleja en el instituto de la legitimación activa para una jurisdicción constitucional ideal.<sup>59</sup> Es evidente que el aspecto de la legitimación activa es distinto del propiamente competencial. En este sentido, este elemento del sistema no aporta muchas razones para explicar la aptitud extensiva de las competencias del tribunal constitucional. Sin embargo, recordar que Kelsen sostuvo que la implementación de una *actio popularis* al alcance de particulares se traduciría en “la garantía más fuerte de la Constitución”,<sup>60</sup> sí que complementa el argumento a favor del sentido aperturista de su modelo.<sup>61</sup>

<sup>(58)</sup> Cfr. *La garantía*, pp. 91–92.

<sup>(59)</sup> En realidad, como pone de relieve Bongiovanni, la posición “abierta” parece evidente en varios lugares de la teoría kelseniana: las características de la Constitución están en relación con el problema de la naturaleza, organización, política o jurisdiccional, del control; el tipo de Constitución y la organización de la forma de gobierno, con el ámbito y los límites de la jurisdicción constitucional; la diversa configuración de la forma de gobierno con la importancia que se dé a la justicia constitucional en un régimen democrático. Cfr. Bongiovanni (1998): cit. nota 43, p. 206.

<sup>(60)</sup> Cfr. *La garantía*, pp. 27–28.

<sup>(61)</sup> Otra cosa es que esta solución tan amplia de legitimación activa no sea precisamente digna de recomendación. Kelsen piensa que un escenario de este tipo entrañaría el grave peligro de “acciones temerarias” y el “riesgo insoportable de procesos”. La misma opinión también se puede inferir a partir de la idea de “racionalización” que está detrás de la confección del modelo europeo [En general, sobre la forma en que se “racionalizó” el modelo, cfr. Cruz Villalón, Pedro (1987), cit. nota 26, pp. 32 y ss.]. Pero nótese que el hecho de que la opción por la “legitimación universal” no sea recomendable, no significa que la opción limitativa de legitimación

De cualquier modo, en lo tocante al aspecto competencial del tribunal constitucional, en las tesis reseñadas se encuentran argumentos suficientes para sostener que el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional nunca quedó reducido al exclusivo control del legislador. Más aún, tampoco es sostenible que el modelo kelseniano se reduzca al control de constitucionalidad de las leyes o de normas de carácter general (considerando dentro de esta categoría a los reglamentos y a los decretos-ley). Sería más acertado afirmar que el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional concentrada es sólo *esencialmente*, que no exclusivamente, control de constitucionalidad de normas. Como se ha visto, la tesis kelseniana no sólo sostiene, sino que además *prescribe*, que también se concentre el control de regularidad de actos individuales que el constituyente decida atribuirle. Ello a pesar de que esta opción constituyente pudiera no compadecerse bien con la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico.

Por consecuencia, no porque el control de ciertos actos individuales esté atribuido al conocimiento del tribunal constitucional, ese control “traicionaría” el paradigma kelseniano. Antes bien, como se ha visto, Kelsen aseguraba la necesidad de combinar el control de los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y el control de actos generales e individuales como parámetros a tomar en cuenta para configurar la jurisdicción constitucional concentrada. La tarea de discernir las materias sujetas a esta jurisdicción queda en manos de la asamblea constituyente como resultado de los mayores o menores consensos políticos conseguidos entre sus integrantes.<sup>62</sup> Así, considerar como sinónimos el concepto de un exclusivo control concentrado de constitucionalidad de las leyes y el modelo de control de constitucionalidad de Kelsen no satisface con rigor su idea integral de la jurisdicción constitucional.

---

sea la *mejor* solución. Si el objetivo es que la Constitución quede protegida de los ataques provenientes de todos los frentes que la acechan, una *actio popularis* contribuiría a llenar de contenido el mejor escenario en que la jurisdicción constitucional puede cumplir su cometido. Por esta razón, Kelsen no evadió afirmar que la autorización de una *actio popularis* sería una manera cómo “el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente, la más radical satisfacción” [Cfr. *La garantía*, p. 88]. De hecho, informa Kelsen, cuando se preparaba la Constitución austriaca de 1920 esa posibilidad fue incluso seriamente discutida; véase: Kelsen (1942): cit. nota 12, p. 197.

<sup>(62)</sup> En similar sentido: Barberis, Mauro (1982): “Kelsen e la giustizia costituzionale”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* XII, núm. 1, p. 234.

#### IV. CONCLUSIÓN

Si existe un modelo kelseniano “puro” de la jurisdicción constitucional, éste no coincide exactamente con el modelo de tribunal constitucional que cuenta como única función la de controlar la constitucionalidad de las leyes. En Kelsen, tal atribución es sólo la esencial, pero no la única existente, y ni siquiera, bajo sus mismas tesis, la única que es recomendable atribuirle. En sus escritos, aconsejó la necesidad de combinar dos directrices teóricas a la hora de configurar la jurisdicción constitucional: la primera es la sujeción al tribunal constitucional del control de la regularidad de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución (leyes y algunos tipos de reglamentos). La segunda es la combinación entre los actos generales y tantos actos individuales cuantos concierten las fuerzas políticas participantes en las labores constituyentes.

Dentro de los actos individuales que pueden ser considerados se encuentran las decisiones judiciales o administrativas definitivas, muy especialmente cuando en ellas se involucre un problema de irregularidad constitucional de una ley que en tales decisiones se aplique. La lógica que debe animar a tomar una decisión constituyente como ésta es que el tribunal constitucional nunca pierde su interés por realizar el control de la ley. Un amparo de derechos en vía directa y reforzada ante el tribunal se justifica sobre todo cuando la tutela subjetiva se imbrica con la tutela en clave objetiva de la Constitución. En todo caso, el presupuesto básico de la articulación institucional es el principio de racionalización de la jurisdicción constitucional.

Sobre la base de esa idea integral, una especie de amparo de derechos fundamentales fue una competencia que de hecho se atribuyó al primer Tribunal Constitucional austriaco. Desde el punto de vista del modelo originario, tal recurso fue acogido por las razones político-históricas y técnico-jurídicas que se mencionaron en este trabajo. Existen muchas posibilidades de articular un recurso como éste, pero hay una opción que se observa en cualquier caso necesaria: la que hace de este recurso una vía para que el tribunal constitucional ejerza, *ex officio*, el control de constitucionalidad de una ley cuya decisión sea presupuesto de su sentencia en el caso concreto.

Un recurso para el amparo de derechos fundamentales pudo no ser la esencia del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional en su concepción originaria. Pero dadas las evidencias historiográficas y conceptuales mostradas, ni desde un punto de vista descriptivo, ni desde uno prescriptivo, es suficientemente solvente sostener que tal recurso sea un elemento extraño, atípico, o incompatible con ese modelo.

# NOTAS

---

## JORNADAS ARGENTINO-CHILENO-PERUANAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio \*

Las *Jornadas argentino-chileno-peruanas de Derecho Constitucional*, patrocinadas por las asociaciones de Derecho Constitucional de Argentina, Chile y del Perú, se llevaron a cabo del 6 al 8 de mayo de 2009 en la ciudad de Viña del Mar. Su organización estuvo a cargo de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, recayendo la responsabilidad de su desarrollo en su presidente, Humberto Nogueira Alcalá.

Las Jornadas tuvieron como anfitriona a la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas (chilena). Su tema central fue *Constitución y emergencia económica*, el cual fue dividido en: (1) Régimen económico y emergencia económica financiera, (2) Intimidación económica financiera, (3) Garantías y defensa en juicio en situaciones de emergencia, y (4) Garantías constitucionales económico sociales.

### Asistentes

La Asociación Argentina de Derecho Constitucional estuvo representada en las Jornadas por Eugenio Palazzo, Antonio María Hernández, Federico J. Robledo, Marta Susana Maldonado, Alfredo Vítolo y Orlando Gallo.

Por su par chilena participaron Humberto Nogueira Alcalá, Lautaro Ríos Álvarez, Francisco Cumplido Cereceda, Patricio Zapata Larraín, José

---

(\*) Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y docente principal de la Universidad Peruana Los Andes-Huancayo.



Antonio Ramírez. Participaron varios profesores de la Universidad de las Américas como colaboradores, entre ellos Jorge Astudillo, Jorge Arancibia, Miriam Lorena Henríquez Viñas, y otros. Además, participaron muchos estudiantes de la misma Universidad en el equipo de colaboradores.

La delegación peruana estuvo integrada por Francisco Eguiguren, Eloy Espinosa Saldaña Barrera, Ernesto Blume Fortini, Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio y César Ochoa Cardich.

Colegas del *Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional* de Huancayo: Mary Elena Vilcapoma Salas, Mary Adela Salas y María Morales Torres, sin ser miembros de la asociación peruana, también asistieron y participaron del evento.

### **Actividades del 6 de mayo**

La ceremonia de inauguración, conforme a lo programado, se inició a las 18:30 horas del miércoles 6 de mayo, en el séptimo piso de la Avenida 1 Oriente, esquina 15 Norte, en el Edificio Marina Arauco de la Universidad de las Américas. Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo de Patricio Zapata Larraín, Decano de la Facultad de Derecho.

Alberto Dalla Vía, presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, no estuvo presente en las Jornadas, por compromisos laborales con la Cámara Nacional Electoral, habiendo sido representado por Eugenio Palazzo, quien, excusando la ausencia, saludó el encuentro. Francisco Eguiguren Praeli, presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, hizo referencia a los antecedentes de las Jornadas, haciendo el recuerdo que primero tuvieron lugar en la ciudad de Iquique, luego en Lima, en Buenos Aires, y ahora en Viña del Mar.

En el acto inaugural, la asociación anfitriona distinguió a Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren, Néstor Pedro Sagüés y Alberto Dalla Via como miembros honorarios de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. En ausencia de Sagüés y Dalla Via, Eugenio Palazzo recibió los diplomas en su nombre, con el encargo de hacérselos llegar. Después de su distinción como miembro de la asociación chilena, Francisco Eguiguren recibió también el diploma para Domingo García Belaunde, quien había excusado su inasistencia anticipadamente.

### **Conferencia inaugural**

La conferencia inaugural estuvo a cargo de Francisco Cumplido Cereda, actual rector de la Universidad Chilena Miguel de Cervantes (con sede en Santiago), quien tituló su conferencia *El Derecho a la Vida y el deber de vivir*. La conferencia se centró en la apreciación de la era tecnocrática,

con referencia al análisis que hiciera el sociólogo chileno Claudio Orrego Vicuña en un trabajo titulado *La era tecnocrática y los derechos humanos*, durante el último cuarto del siglo xx. El ponente centró su apreciación en el hecho que el desarrollo tecnológico puede conducir a un progreso humano considerable o a una gran involución del mismo. Cumplido refirió la crítica que Orrego hizo al pronóstico de que, con la inteligencia artificial, la robótica permitirá sustituir casi a la totalidad de la actividad humana. Afirmó que la tecnología no puede reemplazar a la persona en su generación y elección de valores porque la robótica no tiene conciencia ni capacidad de innovación sin participación del ser humano. Puntualizó que el “robot profesor” puede narrar, explicar, incluso presentar las principales posiciones sobre un problema; puede debatir, controvertir, individual o colectivamente, a través de instrumentos a distancia, pero no podrá inspirar a los alumnos, formarlos, enseñarles a aprender a pensar. Concluyó con esto indicando que tiene la esperanza que el profesor de carne y hueso sea insustituible.

Haciendo una filosofía de la vida, el profesor Cumplido sostuvo que la investigación científica no ha podido explicarnos satisfactoriamente qué es la vida, cómo nació ella, ni qué es la conciencia. Agregó que se han invertido millones de dólares en reproducir el BIG BANG, mientras que un cuarto de la humanidad se muere de hambre y de sed. Afirmó que la ética social está cuestionada, que en la celebración de los doscientos años de Darwin la concepción de la evolución se ha trasladado a la evolución de la sociedad, y sostuvo que nuestra sociedad está en mutación. Admitió que ello puede ser cierto, puesto que la vida se ha depreciado: la guerra, el terrorismo político, religioso, la alta criminalidad y las dictaduras desprecian la vida humana, o permiten llegar al paraíso según algunas creencias ideológicas.

Otro aspecto abordado en la conferencia fue el tema *¿existe el deber de vivir?* Afirmó el conferencista que si se consagra el derecho a la vida se tiene la obligación de vivir y que para el cristiano ello se fundamenta en el último mandamiento de Cristo “Ama a tu prójimo como a ti mismo”. Esto significa amarse a sí mismo, luego a los demás, es decir respetar la vida de los demás. Señaló también que, para otros, por encima del derecho a la vida, está la libertad de conciencia y de religión, y que, obviamente, cada posición tiene consecuencias respecto del suicidio, las transfusiones de sangre, la eutanasia, de ciertos procedimientos médicos y el derecho a una muerte digna. Dentro del marco del derecho a la vida abordó también la cuestión de la pena de muerte.

En su intervención abordó también el derecho a la vida, mencionando que comprende a los derechos económicos y sociales. Sostuvo que la familia, la comunidad y el Estado —en ese orden— deben contribuir

solidariamente a que toda persona tenga una vida digna.

Luego, hizo una alusión al *Congreso Mundial de Derecho Constitucional* —que se llevó a cabo en la Universidad Erasmo de Rotterdam en julio de 1999— donde se debatió el tema de la *Bioconstitución*, es decir de la bioética y la biomedicina para proteger la vida y la salud de las personas. El profesor Cumplido resumió las ideas expuestas por el profesor Joao Carlos Simoes Goncal Vez Laureiro sobre los principios de la *Bioconstitución* en los Estados constitucionales europeos. Refirió que Simoes sostuvo allí que ante la crisis de la modernidad se hace indispensable examinar los tradicionales principios de la bioética y la biomedicina de autonomía, la beneficencia —no maleficencia— y la justicia, y propuso reemplazarlos por los de dignidad del ser humano, inviolabilidad de la vida humana, integridad, no comercialización del cuerpo humano, acceso a la salud, prevención y precaución. Además, precisó el contenido del principio de autonomía: consentimiento claro e informado, rechazo a la información como modo de ejercicio de la autodeterminación, disponibilidad de la vida y del cuerpo y objeción de conciencia del profesional de la salud. El conferencista indicó que el profesor Simoes ha confirmado la existencia de un verdadero derecho comunitario constitucional enraizado en la historia europea, pero sin olvidar las diferentes concreciones nacionales, señalando que de ello hoy emerge un hombre más *transcultural*.

Cumplido concluyó su conferencia sosteniendo que si estamos de acuerdo en que la parte dogmática de las Constituciones no es neutral, y que ésta representa los valores de la sociedad del país en que rige, es indispensable elevar a rango constitucional los principios de la bioética y de la biomedicina para resolver tanto cuestiones antiguas cuanto actuales, como la propiedad sobre el genoma humano, las alteraciones del patrimonio genético, la utilización de tejidos, células y órganos, la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, las técnicas de reproducción asistida, las condiciones de su aplicación, el nivel de información, el consentimiento de las partes involucradas, la colaboración de donantes de material reproductor, arriendo de úteros, la declaración del genoma humano de dominio universal, prohibición de enajenar, prohibición de toda forma de discriminación hacia una persona en razón de su patrimonio genético, prohibición de clonación humana, utilización de células madres con fines terapéuticos, transplantes de órganos, desecho de embriones, criopreservación, mejoramiento genético de la especie, intervención de terceros para producir muerte dulce y digna, transferencia nuclear para curar algunas enfermedades transmitidas por vía materna a través de los genes del cuerpo del óvulo, investigación científica con seres humanos, condiciones y garantías, ingeniería genética y la eugenesia, actos o sanciones que afectan la integridad física o síquica,

como la esterilización de deficientes mentales, la operación cerebral o castración de delincuentes.

El día se cerró con un cóctel de inauguración ofrecido por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

### **Jornada del 7 de mayo**

Iniciando la Jornada del 7 de mayo, los profesores Patricio Zapata, de Chile, Antonio María Hernández, de Argentina y Ernesto Blume Fortín, del Perú, desarrollaron el tema *Régimen económico y emergencia económica financiera*. Concluyeron que cualquier medida de emergencia económica debe encuadrarse dentro de los marcos constitucionales y no fuera de ellos. Blume Fortini declaró estar plenamente de acuerdo con el tratamiento que realiza la Constitución como el gobierno peruanos sobre capital económico extranjero, a través de los contratos-ley, porque el Perú requiere del capital foráneo para su desarrollo y hay que darle seguridad, no obstante haya emergencia económico-financiera.

Después de las exposiciones de los ponentes, César Ochoa Cardich sostuvo que para él sería procedente que en una situación de emergencia económica se revisen los contratos-ley celebrados por el Estado peruano al amparo de la última parte del artículo 62º de la Constitución vigente de 1993. Fundamentó su posición indicando que la emergencias económicas generan situaciones totalmente diversas de cuando se estableció la mencionada disposición y cada contrato respectivo. Señaló que el Estado soberano puede modificar los contratos cuando éstos afectan intereses económicos financieros.

Por la tarde, se abordó el tema *Intimidad económico financiera* a cargo de los expositores José Antonio Ramírez, Marta Susana Maldonado y Francisco Eguiguren.

Francisco Eguiguren inició su exposición afirmando que la Constitución peruana establece el derecho a la intimidad personal y familiar, pero el dispositivo no contiene ninguna referencia a su contenido y alcances, conforme puede observarse del artículo 2º, inciso 7mo. El expositor precisó que los aspectos del contenido esencial y constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal y familiar deben girar en torno a la protección de la esfera de existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vida. El derecho a la intimidad está protegido a través de figuras penales conforme puede apreciarse de los artículos 154º y 155º del Código Penal vigente de 1991.

A continuación delimitó y diferenció los conceptos de intimidad personal, vida privada, reserva y confidencialidad de cierta información.

Luego sostuvo que no existe intimidad en materia económica o ésta

es muy excepcional, habida cuenta que:

(1) La información patrimonial, sobre bienes y transacciones se encuentran en la oficina de Registros de acceso al público.

(2) La protección constitucional a la reserva tributaria y al secreto bancario, son un tema de reserva y confidencialidad de información, pero ésta no puede ser calificada como información íntima.

(3) El record comercial sobre deudas y cumplimiento de obligaciones se registran en instituciones privadas (Centrales de Información y Riesgo) que dan servicio y son de consulta para terceros.

(4) Las remuneraciones de servicios públicos deben ser colocadas en portales de transparencia y son de acceso al público.

Concluyó Eguiguren indicando que no se debe, pues, confundir aquellas informaciones sobre aspectos económicos protegidas con reserva y confidencialidad, con su pertinencia al ámbito del derecho a la intimidad.

Marta Susana Maldonado refirió la tensión existente entre el derecho a la intimidad y el de privacidad, con la seguridad y la consecuente necesidad de celeridad en la lucha contra el crimen organizado. Analizó la cuestión desde un caso concreto ocurrido en los años 2002 y 2003 en Argentina, frente al reclamo de la población de afrontar de los secuestros con extorsión. El tema dio origen a una cierta reforma legislativa y un interesante cuestionamiento judicial sobre el particular, que dio por resultado un desarrollo jurisprudencial que culminó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en febrero del mismo año.

Se trata de la sanción de la ley 25.873 del año 2003, que modificó su similar Nº 19.798, incorporando a ella los artículos 45 *bis* y 45 *ter*. El primer artículo disponía que los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán disponer de recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota, a requerimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. Y le encargaba al Poder Ejecutivo la reglamentación de las condiciones técnicas y de seguridad que deberán cumplir los prestadores de servicios con relación a la captación y derivación de las comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público. De otro lado, el artículo 45 *ter* disponía que los prestadores indicados deberán registrar y sistematizar datos filiatorios y domiciliarios de usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público. Los datos deberían ser conservados por diez años.

La reglamentación de los textos legales fue realizada por Decreto 1564/04 facultando ampliamente las interceptaciones de las conversaciones por parte del Estado.

Pero, posteriormente por Decreto 357/05 la aplicación de la aludida

ley y su reglamentación, fueron suspendidas a fin de realizar un nuevo análisis al respecto.

Mientras ocurría tal situación entre los decretos indicados, el abogado Dr. Ernesto Halabi, por derecho propio, interpuso amparo judicial reclamando se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1564/04, por cuanto las disposiciones aludidas vulneraban los derechos de privacidad e intimidad, habida cuenta su condición de usuario, y el privilegio de confidencialidad de las comunicaciones que mantenía con sus clientes en su profesión de abogado. Además la ley indicada estaba en contraposición a lo establecido por el artículo 19º de la Constitución argentina.

Llegada la cuestión a la consideración de la Corte Suprema se sumaron como *Amicus curiae* el Colegio de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Señaló la expositora que en el caso Habali, a través del control de constitucionalidad planteado en un amparo, la Corte Suprema analizó la cuestión del efecto *erga omnes* de sus sentencias, remarcando la admisión, por vía pretoriana, de las acciones de clase, en momentos en que el Congreso de la Nación tiene en estudio proyectos sobre este tema. Según refirió la ponente, la sentencia consideró los alcances del derecho a la privacidad e intimidad en las telecomunicaciones, frente a las necesidades de seguridad.

### **Jornada del 8 de mayo**

El 8 de mayo por la mañana se abordó el tema *Garantías constitucionales económico sociales*, a cargo de Tomás Jordán Díaz, Orlando Gallo y Eloy Espinosa-Saldaña.

Orlando Gallo sostuvo que con el término o palabra “clásico”, se denomina a lo permanente, para luego plantear que el constitucionalismo clásico nació como utopía, pues la utopía es una herejía permanente.

Luego, señaló que ha quedado demostrado que toda crisis económica implica efectos políticos. La Constitución puede prever algo, pero no así la realidad, pues ella ya es objeto de los manejos políticos. Las crisis previstas son políticas y no económicas. Por deducción lógica es pertinente afirmar que en una crisis económica es viable la restricción de ciertos derechos económicos; pero, en emergencia económica se formula automáticamente la siguiente pregunta: ¿hasta cuándo pueden ser restringidos esos derechos económicos?

Sostuvo que estamos propensos a las utopías cuando los textos constitucionales plantean “intereses generales de la colectividad”. Es cierto que las utopías son parte de la sustancialidad del hombre.

Debemos tener presente que todos los derechos tienen función. En

el ámbito social son permanentes los principios. La función social de la riqueza de las naciones desarrolladas en beneficio de los pobres debe ser un postulado permanente.

Espinosa-Saldaña sostuvo que en el Perú se asume el constitucionalismo social formal antes que material, conforme puede apreciarse del artículo 43° de la Constitución peruana vigente, que establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. Afirmó que el constitucionalismo social tiene su origen en la Carta de 1920 y que en la de 1979 se halla más precisado. Precisó también que la Constitución de 1993 regula muy formalmente la Constitución Económica; sin embargo, no son mencionados muchos de los derechos sociales que se hallaban en la de 1979.

Dijo que el Tribunal Constitucional del Perú viene compatibilizando la economía social de mercado formal con una real economía social de mercado a través casos concretos como podemos observar en el caso Anicama, Correa Condori, Meza García, Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos, y otros casos que ha conocido el indicado Tribunal. La autoridad jurisdiccional viene realizando aportaciones precisas para la materialización de la Constitución social.

Tomás Jordán Díaz sostuvo que históricamente no hemos tenido un constituyente unitario con respecto al tema, pero tenemos un proceso constituyente de formación en materia de derechos.

Señaló que la Constitución social realiza los derechos sociales; por tanto, los derechos sociales son fundamentales. Explicó que todos los derechos tienen contenidos esenciales, y que donde la Constitución no distinguió no hay por qué distinguir. Puntualizó que la determinación de los pueblos tiene como límite los derechos sociales; que deben estar protegidos, legal o constitucionalmente. Por último, precisó que los derechos esenciales pueden ser determinantes o no determinantes y sostuvo que las libertades no pueden amparar la discriminación, la cual no debe confundirse con el trato diferenciado.

Por la tarde, se trabajó el tema *Garantías de defensa en juicio en situaciones de emergencia*. Las exposiciones estuvieron a cargo de Lautaro Ríos, Eugenio Palazzo y Francisco Eguiguren, actuando como moderador Humberto Nogueira Alcalá.

Lautaro Ríos, enfocó los poderes en crisis a lo largo de la Historia, para luego señalar, muy brevemente, las regulaciones constitucionales en Alemania, Francia, Portugal, España, Rumania, Polonia, Argentina, Perú, Bolivia, Brasil, Estados Unidos Mexicanos, Colombia y la República Oriental del Uruguay. Señaló que los estados de excepción, en los Estados mencionados, están a cargo del Ejecutivo, el que se aplica por grave perturbación de la paz o cualquier otro asunto que ponga en peligro la

tranquilidad de la sociedad, a fin de restablecer prontamente el orden público o la paz social perturbada o amenazada.

Respeto del ordenamiento jurídico chileno, Lautaro señaló que:

(1) La Constitución de 1925, en el numeral 12) del artículo 44º, establecía que sólo en virtud de una ley puede restringirse la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior. El dispositivo indicado establecía que esta situación no podía exceder de seis meses. Indicó que el articulado precisaba que fuera de los casos prescritos en el indicado numeral *ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura*. Señaló que no obstante lo preceptuado por la Constitución de 1925, se ha establecido una complejidad de nuevos estados de excepción que refuerzan la autoridad del Gobierno al margen de la Constitución, como pueden ser la declaración de “zonas de emergencia” por Ley 7.200 de 1943; los “Estados de Emergencia” introducido mediante ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, de 1958; y los estados especiales contemplados por la ley N° 9.261 de 1948, por ley 12.042 de 1956 y por ley 16.282 de 1965.

(2) La Constitución de 1980, en su artículo 39º estableció que los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas solo pueden ser afectados en situaciones de excepción: en situación de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado. Preciso que los estados de excepción se declaran mediante la dación de un Decreto Supremo que debe ser firmado por el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Defensa Nacional. Preciso que la Carta de 1980 contempla los siguientes cuatro estados de excepción:

- El *Estado de Asamblea*, declarado por el Presidente de la República, puede suspender o restringir el ejercicio de la libertad personal o ambulatoria, del derecho de reunión y de la libertad de trabajo. Puede restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones; disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio de propiedad.
- En el *Estado de Sitio*, el Presidente de la República puede restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas de sus propias moradas o en los lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Puede suspender o restringir también el ejercicio del derecho de reunión.
- En el *Estado de Catástrofe*, el Presidente de la República puede res-



tringir el ejercicio de las libertades de locomoción y de reunión. Puede disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

- El *Estado de Emergencia*. El Presidente de la República puede restringir el ejercicio de las libertades de locomoción y de reunión.

(3) Indicó que, con la reforma constitucional introducida el año 2005, se pone término a la intervención del Consejo de Seguridad Nacional en el proceso de declaración del Estado de Excepción como órgano del poder militar. Al mismo tiempo en la reforma señalada se reduce el listado de derechos susceptibles de ser afectados durante los estados de crisis. En el Estado de Asamblea la autoridad no puede, ahora, suspender o restringir la libertad de información y de la expresión como ocurría originalmente, luego, no puede restringir el derecho de sindicación. En el Estado de Sitio, ahora, tampoco puede trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional; tampoco se puede restringir el derecho de información y de expresión. En el Estado de Catástrofe no puede restringirse el derecho de reunión. En el Estado de Emergencia tampoco puede haber restricción a la entrada y salida dentro del territorio, ni a la libertad de reunión, libertad de información y de opinión. Solo puede restringir las libertades de locomoción y de reunión.

(4) Precisó que durante la vigencia de la Constitución de 1980, los derechos fundamentales de las personas quedaban a la intemperie en los estados de crisis. Con la reforma del 2005 se produjo la introducción del hábeas corpus para la protección de los derechos. Respecto de la protección de los derechos humanos en estado de excepción constitucional, manifestó que el único en garantizarlos es el Poder Judicial, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que la Constitución otorga a aquellos cuyos derechos fundamentales se vean indebidamente atropellados por efecto de las medidas adoptadas por el Gobierno en estos estados. Citó que el artículo 45° de la Constitución reformada el 2005, estableció que los Tribunales de Justicia no están facultados para calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción; no obstante lo indicado, pueden intervenir en los siguientes tres casos:

- Cuando la autoridad decretare un Estado de Excepción constitucional no contemplado en el artículo 39° de la Carta.
- Si el fundamento o la circunstancia de hecho en que se funda un Estado de Excepción no corresponde al que ha sido decretado; y
- Cuando la autoridad decreta un Estado de Excepción con ausencia

de todo fundamento de hecho o motivo habilitador para hacerlo de acuerdo a la Constitución.

- Concluyó indicando que el texto de la Constitución reformada en el año 2005 no hace referencia a ningún recurso o acción sino que garantiza siempre el derecho de recurrir a los tribunales competentes en defensa de cualquier derecho constitucional agraviado por las medidas que se adopten en estos estados. Remarcó que, por consiguiente, no solo proceden las acciones de rango constitucional —incluidos el *habeas corpus*<sup>1</sup> y el recurso de protección— sino también todas aquellas que teniendo jerarquía legal, están destinados a resguardar el ejercicio de tales derechos.

Francisco Eguiguren —en reemplazo de Aníbal Quiroga León, quien se excusó— precisó que la Constitución de 1979 establecía el Estado de Excepción, a ser decretado por el Presidente de la República por acuerdo del Consejo de Ministros en todo o parte del territorio nacional, dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. Dentro del Estado de Excepción se encuentran el Estado de Emergencia y el Estado de Sitio.

El Estado de Emergencia, dentro del marco constitucional de 1979, se declaraba por perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten a la vida de la Nación. El dispositivo constitucional establecía la posibilidad de suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio.

La Carta de 1979 prohibía la pena de destierro e indicaba que el plazo máximo de emergencia no podía superar los sesenta días; la prórroga requería nuevo decreto.

En el dispositivo de la Constitución de 1979, existía la posibilidad de que el Presidente de la República disponga que el control interno sea asumido por las Fuerzas Armadas.

El Estado de Sitio, era decretado en caso de invasión, de guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan. Se caracteriza el Estado de Sitio porque el decreto debe especificar las garantías (derechos) que continúan en vigor. El plazo no debe exceder de cuarenta y cinco días. La prórroga requiere de autorización del Congreso.

Eguiguren señaló que la antigua (derogada) Ley de Hábeas Corpus y Amparo (23506) que reguló las acciones del mismo nombre, estableció en su artículo 38° la improcedencia del Hábeas Corpus y el Amparo en

---

<sup>(1)</sup> Si bien es de uso común en la doctrina chilena, el “habeas corpus” se denomina técnicamente como “amparo de la libertad personal”. Y el Amparo es conocido como “recurso de protección”.

Estado de Emergencia. Lo que generó una situación de desprotección y consecuentemente la vulneración de derechos de los ciudadanos.

Mencionó que fue necesaria la intervención del Juez que sentenció a Alberto Fujimori, el Dr. César San Martín Castro, para que en su condición de Juez Penal de Lima por aquella época, fundamente su resolución en el principio de razonabilidad y proporcionalidad declarando fundada un Hábeas Corpus, cuando Lima se hallaba en Estado de Emergencia. Destacó que esta resolución generó un efecto multiplicador para proteger derechos fundamentales de los ciudadanos y que la mayoría de los jueces del Perú tomó como modelo para proteger libertades personales.

Señaló también que, en su artículo 137°, la Constitución de 1993 ha reproducido el íntegro del artículo 231° de la Constitución de 1979; pero que, sin embargo, lo ha precisado mejor, en el sentido de que puede restringirse o suspenderse los derechos constitucionales, lo que no permitía la Constitución de 1979.

Por otro lado, indicó que el artículo 200° de la Constitución, después de establecer los procesos constitucionales, ha precisado que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los estados de excepción. Luego, ha preceptuado que cuando se interpone acciones de garantía respecto de los derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. Señaló además que las figuras de protección de los derechos han sido mejoradas en relación a la Constitución de 1979, mencionando que ello es, obviamente, algo paradójico.

Por último, señaló que el Perú dispone de un Código Procesal Constitucional que está vigente desde diciembre de 2004, el cual precisa y desarrolla estos principios en los distintos procesos constitucionales que comprende.

Eugenio Palazzo centralizó su intervención señalando que en Argentina está establecido el Estado de Sitio (art. 23°) al cual debe recurrirse en caso de conmoción interior o de ataque exterior, siempre y cuando pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. La declaración puede producirse en la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden con la consecuente suspensión de las garantías.

Palazzo indicó también que el dispositivo acotado precisa que el Presidente de la República no tiene, en esta circunstancia, capacidad de condenar ni aplicar penas de por sí. Señaló también que la Constitución argentina faculta el arresto o traslado de un punto a otro si las personas no optan por salir fuera del territorio.

Mencionó que la declaración del Estado de Sitio está a cargo del Ejecutivo y del Senado: en caso de ataque exterior la hace con acuerdo del Senado, y en caso de conmoción interna el Ejecutivo lo declara cuando el

Congreso está en receso.

Señaló que la medida de excepción tiene un tiempo limitado conforme lo establece el artículo 99°, inciso 16 de la Constitución. Agregó que en el caso “Granada Jorge H.”, fallado el 3 de diciembre de 1985, la Corte retoma el criterio de que la declaración de Estado de Sitio debe cumplir el requisito de establecer el plazo expreso y determinación de lugar, añadiendo con respecto del plazo que él es condición de validez del acto de suspensión de las garantías, y que debe ser breve, porque la extensión indefinida del Estado de Sitio demostraría, en realidad, que ha caducado el imperio de la Constitución que con él se quería defender. Precisó que la declaración del Estado de Sitio es de competencia del Gobierno federal.

### **Clausura**

En la clausura del encuentro se anunció que la próxima Jornada deberá realizarse en Uruguay; para el efecto, debe previamente quedar instalada la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional, a más tardar en el mes de septiembre del presente año; caso contrario, será la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, quien tendrá en sus manos la organización de la próxima jornada, cuya sede sería la ciudad del Cuzco.

La cena de clausura fue ofrecida por la Universidad de las Américas, en el *Hotel Cap Ducal* de Viña del Mar.

Huancayo, junio de 2009

# VI ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y XI JORNADAS ARGENTINAS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

José F. Palomino Manchego \*

## I. INTRODUCCIÓN

Momentos gratos e inolvidables fueron los que se vivieron durante los días 11, 12 y 13 de junio del año en curso en la Provincia de San Juan de la Frontera (Argentina) fundada el 13 de junio 1562, con ocasión de llevarse a cabo, conjuntamente, el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y las XI Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, y que contó con la presencia de más de 300 participantes. Y, por cierto también, poder reencontrarnos con los colegas sanjuaninos Víctor Bazán y Adriana Tettamanti. En realidad, con una perspectiva actual, se abordó todo lo que sucede en el Derecho Procesal Constitucional, conforme se desprende del prisma temático-expositivo que a continuación sigue.

San Juan tiene presencia y tradición histórica. Por ejemplo, el Convento de Santo Domingo edificado en 1590, en el cual se hospedó el General José Francisco de San Martín y Matorras (Yapeyú-Argentina 1778 - Boulogne-sur-Mer-Francia 1850) en 1815 con la División Cabot, para posteriormente

---

<sup>(\*)</sup> Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

coronar su gesta heroica: El Cruce de los Andes. También posee San Juan tradición jurídica en el país del Plata. Tan sólo recordemos la figura insigne de uno de sus hijos predilectos, el prócer Domingo Faustino Sarmiento (San Juan 1811 - Asunción 1880), notable educador y forjador genuino de generaciones, y cuya casa natal se conserva intacta hasta el día de hoy, en la calle que lleva su nombre, Sarmiento 21 (sur).

Sarmiento, en compañía de Juan Bautista Alberdi (Tucumán 1810 - París 1884), autor célebre de las "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", constituyen dos referentes de obligatoria consulta para entender, en su médula, la Historia Constitucional de Argentina. Sus ideas constitucionales, sin obviar la vista adiestrada que tenían en otras facetas y saberes culturales, siguen corriendo a grifo abierto.

Y en los círculos del Derecho Público actual, recordemos el rico legado que dejó el jurista, literato, político y docente Pablo A. Ramella (La Plata 1906 - San Juan 1993). Su obra *Derecho Constitucional* (Establecimiento Gráfico Standard, Buenos Aires 1960, 746 págs.) sembrado de ideas fértiles, con sucesivas reimpressiones, constituye un material de consulta indispensable para los futuros hombres de Derecho.

A propósito, la historia constitucional de la Provincia de San Juan, como recuerda Pablo A. Ramella, se inicia con la Carta de Mayo del 13 de julio de 1825. Luego le sucedieron la Constitución sancionada el 7 de abril de 1856; la Constitución del 13 de julio de 1878, con las reformas introducidas el 17 de setiembre de 1879 y el 9 de diciembre de 1912; la Constitución sancionada el 10 de julio de 1927; y la Constitución vigente que fue sancionada el 23 de abril de 1986, y puesta en vigor el 1º de mayo del mismo año.

## II. DESARROLLO DE LA VELADA ACADÉMICA

**JUEVES 11 DE JUNIO DE 2009**

*Mañana*

09:00 hrs. Acreditaciones

10:30 hrs. Acto de apertura

Luego que el grueso de concurrentes (jueces, fiscales, docentes y alumnos) se registraran se dio inicio a la tan esperada cita académica en el Auditorio "Eloy P. Camus", Centro Cívico, que se encuentra ubicado entre la Av. España y la Av. Ig. de la Roza. Como antesala, el Coro de la Universidad Católica de Cuyo, dirigido por la profesora María Elina

Mayorga de Blech, interpretó diversas piezas musicales para el deleite de los asistentes, a saber: la entonación del Himno Nacional de Argentina, un cántico de alabanza, un vals peruano, un pregón cuyano y una cueca.

La Mesa de Honor estuvo integrada por diversas autoridades políticas y universitarias. En el orden expositivo, comenzó a dirigirse al auditorio Miryan Andujar de Zamora, en su condición de Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, quien, entre otros aspectos, destacó que en la reciente malla curricular de esa casa de estudios, como está sucediendo también en otras universidades de América Latina, se ha incluido con acierto el curso de Derecho Procesal Constitucional como asignatura obligatoria.

A continuación, el Decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan, Lic. Ricardo Coca, resaltó el esfuerzo, científico y académico compartido por las dos universidades de la Provincia de San Juan, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, el Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional y la Fundación Konrad Adenauer (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica).

Luego, Néstor Pedro Sagüés, a la sazón, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, acometió su exposición en el activismo y garantismo, la revisión del Recurso Extraordinario Federal, el debido proceso en el Hábeas Corpus, la vigencia de la Constitución. Además, sostuvo que los valores dependen de un derecho ágil, para lo cual está el Derecho Procesal Constitucional. Recordó también, con hondo sentido, los esfuerzos llevados a cabo por los maestros argentinos Lino Enrique Palacio (1928-2006) y Augusto Mario Morello (1927-2009), a favor de la Ciencia del Derecho Procesal.

En ese orden, Víctor Bazán verdadero motor del VI Encuentro Iberoamericano y de las XI Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, respaldado por Celia Maldonado de Álvarez en la Secretaría General, y por Elsa Coralli y María Inés Rodríguez de Martínez en la parte operativa, saludó con gran emoción a todos los asistentes. Es un orgullo, dijo, para la Provincia de San Juan y para Argentina tener en el evento académico expositores de tan alta calidad. Concluyó diciendo que San Juan es capaz de llevar a cabo este tipo de encuentros, para lo cual, todos los poderes públicos deben estar comprometidos. ¿De qué forma? A través del Derecho Procesal Constitucional donde discurren todos los instrumentos para la defensa y la realización de la Constitución. En especial, a través de la protección y la realización de los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Posteriormente, Gisela Elsner (Directora del Programa de Derecho para Latinoamérica - Oficina Regional de Montevideo), subrayó el apoyo

sostenido que cumple la Fundación Konrad Adenauer con el referido Programa, desde 1991: Programa de diálogo sobre problemas relacionados con el Estado de Derecho Democrático. En especial, recordó que los objetivos se expresan en seminarios, foros, asesoría de expertos internacionales, estudios y publicaciones que están a cargo de reputados especialistas en el Derecho Constitucional. Refiriéndose al Derecho Procesal Constitucional afirmó que es una disciplina joven que permite dar una respuesta cuando se pretende violar la norma fundamental. Trajo a colación, también que en Alemania se está celebrando los 60 años de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, de la cual nos ocuparemos próximamente.

Rematando el Acto de Apertura, el Gobernador de la Provincia de San Juan, Ing. José Luis Gioja, dio una calurosa y amable bienvenida a todos los participantes, recordando que San Juan tiene 700,000 habitantes, y que eventos de esta naturaleza le dan prestancia a los ciudadanos sanjuaninos.

Siendo las 12:30 hrs. se llevó adelante la conferencia inaugural a cargo de Néstor Pedro Sagüés, intitulada "El Tribunal Constitucional como legislador suplente y precario". El expositor argentino sostuvo, con la mayor claridad, que el tema es un desafío pedagógico, por cuanto nos estamos refiriendo a la Inconstitucionalidad por Omisión, o sea: *a)* Cuando el Estado deja de aplicar un acto concreto, y *b)* Cuando el Estado no sanciona una ley que según la Constitución se debe efectivizar. A modo de reflexión final, apuntó que el conferirle al Tribunal Constitucional poderes legislativos para la norma ausente, es una alternativa audaz y polémica, sin embargo, concluyó diciendo que la tesis es aceptada.

A las 13:30 hrs., se ofreció una recepción muy acogedora a todos los participantes en el local del prestigioso gremio Foro de Abogados de San Juan, ubicado en Jujuy 63, Norte.

### *Tarde*

En horas de la tarde, destacaron tres mesas. En todas ellas, se sustentaron temas de viva actualidad, tal como se puede apreciar a renglón seguido.

#### 16:00 hrs. Mesa 1. VI Encuentro Iberoamericano

Tema: "Identidad y otros desafíos del Derecho Procesal Constitucional".

Presidente: José F. Palomino Manchego

Secretario: Jhonny Tupayachi Sotomayor

Expositores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) Humberto Nogueira Alcalá (Chile), Domingo García Belaunde (Perú) y Hernán Olano García (Colombia).

18:30 hrs. Mesa 1. XI Jornadas Argentinas



Tema: “Recurso extraordinario federal: I. Actualidad y perspectivas. II. Su encuadre por acordadas de la Corte Suprema de Justicia: Problemas constitucionales, experiencias y visualización crítica”.

Presidente: Mario Enrique Díaz

Secretaria: María Angélica Onsalo de Tello

Expositores: Walter Carnota, María Angélica Gelli, Andrés Gil Domínguez y Paulina Maximiliano Calderón.

20:15 hrs. Mesa 2. XI Jornadas Argentinas

Tema: “Enseñanza del Derecho Procesal Constitucional: I. Experiencias. II. Perspectivas”.

Presidente: Celia Maldonado de Álvarez

Secretario: Sohar Aballay

Expositores: Adelina Loianno, Ricardo Haro y Maximiliano Toricelli.

## **VIERNES 12 DE JUNIO DE 2009**

*Mañana*

09:00 hrs. Mesa 2. VI Encuentro Iberoamericano

Tema: “El Derecho Procesal Constitucional y las colisiones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional: El control de convencionalidad y la declaración de inejecutoriedad en las sentencias de la Corte Interamericana”.

Presidente: Humberto Nogueira Alcalá

Secretario: Fernando José Aciar

Expositores: Juan Carlos Hitters (Argentina), Ernesto Rey Cantor (Colombia), Carlos Ayala Corao (Venezuela) y Víctor Bazán (Argentina).

10:40 hrs. Mesa 3. XI Jornadas Argentinas

Tema: “Amparo: I. Legitimidad. II. Efectos de las sentencias. III. El Amparo y las acciones de clase”.

Presidente: Mario Alberto Herrero

Secretaria: Alejandra Bazán

Expositores: Osvaldo Gozaíni, Carlos Vallefín, Adolfo A. Rivas y Eduardo Jiménez.

En esta mesa se presentó una ponencia a cargo de Tamara Massara: “Amparo ambiental”.

*Tarde*

16:00 hrs. Mesa 3. VI Encuentro Iberoamericano

Tema: "La Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica: Mutaciones y reformas constitucionales recientes".

Presidente: Ernesto Blume Fortini

Secretario: Hernán Olano García

Expositores: Allan R. Brewer-Carías (Venezuela), Hernán Salgado Pesantes (Ecuador), Antonio Rivera Santivañez (Bolivia) y Eloy Espinosa-Saldaña (Perú).

17:45 hrs. Mesa 4. XI Jornadas Argentinas

Tema: "El rol de la Corte Suprema de Justicia y de los Superiores Tribunales Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante las sentencias atípicas y las fronteras del control de constitucionalidad".

Presidente: Juan Carlos Caballero Vidal

Secretaria: Delia Quintar de Massara

Expositores: Raúl Gustavo Ferreyra, Víctor Bazán y Aída Kemelmajer de Carlucci.

19:30 hrs. Mesa 5. XI Jornadas Argentinas

Tema: "El Derecho Procesal Constitucional ante los desafíos del debido proceso en materia penal y del Hábeas Corpus Colectivo".

Presidente: Eduardo Quatropani

Secretario: Víctor Bazán

Expositores: Alejandro Carrió, Ángela Ledesma, Carlos H. Valdez y Néstor Pedro Sagüés.

**SÁBADO 13 DE JUNIO DE 2009**

*Mañana*

09:15 hrs. Mesa 4. VI Encuentro Iberoamericano

Tema: "El Juez Constitucional ante el siglo XXI. «Activismo» versus «Garantismo»".

Presidente: Víctor Bazán

Expositores: Raúl Gustavo Ferreyra (Argentina), Eduardo Esteva

Gallicchio (Uruguay), Osvaldo Gozaíni (Argentina) y Néstor Pedro Sagüés (Argentina).

11:30 hrs. Conferencia de clausura

Tema: "Procesos electorales argentinos (Organización, controversias y principios que los rigen)".

Expositor: Alberto Dalla Via (Argentina).

12:30 hrs. Clausura

Las palabras de agradecimiento a nombre de los organizadores, en toda su amplitud y conjunto, las pronunció Víctor Bazán. Luego, intervinieron Néstor Pedro Sagüés y María Isabel Larrauri, Rectora de la Universidad Católica de Cuyo. Los tres docentes, con los más elevados propósitos, coincidieron en decir que en las jornadas académicas se fueron cumpliendo puntualmente las previsiones preliminares que se propusieron los organizadores. Es decir, obtener aportes de máximo calado para reafirmar la importancia que hoy en día reviste el Derecho Procesal Constitucional en el mundo ibérico.

Sólo cabe añadir que luego de las exposiciones de las mesas respectivas del VI Encuentro y las XI Jornadas, según corresponda, presentaron sus comunicaciones las siguientes personas: Matías Dante Berardo (Argentina); Ernesto Blume Fortini (Perú); Mario Cámpora (h.) (Argentina); Paulina R. Chiacchiera Castro y Maximiliano R. Calderón (Argentina); Jorge A. Diegues (Argentina); Gustavo Gutiérrez (Perú); Yessica Lincon (Argentina); Tamara Massara (Argentina); Hernán Olano (Colombia); María Inés del C. Ortiz de Gallardo y Emilio Pablo Astiz Campos (Argentina); José Palomino Manchego (Perú); Mario Fernando Quinche (Colombia); Sofía Sagüés (Argentina); y Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia).

### III. REFLEXIONES FINALES

Mientras tanto, confiamos volver una vez más a San Juan para repetir el goce de la Ruta del Vino –todo un mundo por descubrir– y degustarlo, en compañía de sus gentes cálidas y amables, en la Bodega Viñas de Segisa, Bodega Fabril Alto Verde, Bodega Las Marianas, San Juan de Cuyo Bodegas y Viñedos, Champañera Miguel Mas y, entre otras más, en las Bodegas La Guarda.

Y, tributarle a esta Provincia, heredera de bellísimos lugares naturales del mundo Calingasta y de la imponente Cordillera de los Andes, donde se expresan y manifiestan los jugos de la cultura, las siguientes frases que

ahí las aprendí: “Cuando el camino me lleva hacia cumbres silenciosas y el vuelo de los cóndores acompañan mi pasaje, desde valles de inmensa belleza hasta tu linda ciudad, he de decirte San Juan, que siendo el calor de tu sol, el gran cómplice de tus frutos, nace sola una frase que encierra tu cualidad. Es San Juan... [La estrella de los Andes]”.

## **APÉNDICE: REGLAMENTO VI ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y XI JORNADAS ARGENTINAS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

1. El VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y las XI Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional se realizarán conjuntamente en San Juan, Argentina, durante los días 11 a 13 de junio de 2009, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, el Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, la Fundación Konrad Adenauer (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica -Oficina Regional Montevideo-), la Universidad Católica de Cuyo (UCCuyo) y la Universidad Nacional de San Juan (UNSJ). Específicamente, el trabajo operativo estará a cargo del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCCuyo.

2. Podrán participar docentes de Derecho Procesal Constitucional, Derecho Procesal, Derecho Constitucional y disciplinas afines; licenciados y estudiantes de Derecho, según los cupos que se fije al efecto.

3. En ambos eventos se desempeñarán como Director Académico el Prof. Néstor Pedro Sagüés y como Director Ejecutivo el Prof. Víctor Bazán.

4. Un Comité organizador, encabezado por los citados Directores Académico y Ejecutivo e integrado además por la Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica -Oficina Regional Montevideo- y los respectivos Decanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCCuyo y de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNSJ, designará los conferencistas y panelistas, y dictará todas las normas y medidas reglamentarias, aparte de las presentes, para una mejor organización de los mencionados certámenes jurídicos.

5. Se ha previsto una conferencia inaugural y una conferencia de clausura. Asimismo, el Encuentro Iberoamericano contará con cuatro Mesas de exposición y las Jornadas Argentinas con cinco Mesas de disertación. Cada Mesa tendrá un mínimo de tres panelistas, un Presidente (que la dirigirá) y un Secretario.

6. Cada conferencista contará con 40 a 45 minutos para su exposición, tiempo que podrá ser extendido o reducido por el Comité organizador.

7. Cada panelista dispondrá de 20 a 25 minutos para su presentación, tiempo que podrá ser aumentado o limitado por el Comité organizador. Finalizadas tales exposiciones, podrán hacer uso de la palabra quienes hayan presentado ponencias, los que deberán resumirlas en un lapso de 5 a 10 minutos según establezca el Presidente de la Mesa.

8. Las ponencias deberán remitirse a las siguientes direcciones electrónicas: vicba2002ar@yahoo.com.ar y alvarezmaldonado@uolsinetis.com.ar.

9. La fecha límite para la presentación de ponencias es el 29 de mayo de 2009. Ellas deben tener una extensión máxima de quince (15) páginas, tamaño A-4, en letra arial cuerpo 12, espacio de separación 1.5, con un breve resumen previo. Los autores autorizan la difusión de las ponencias, por el Comité organizador, y en su caso, su difusión en libro y/o soporte magnético, sin percepción de honorarios ni derechos de autor.

10. Los *Presidentes de Mesas* tienen las siguientes atribuciones:

a) Realizar una introducción al tema y los subtemas a los que se refiere la Mesa que conduce.

b) Conceder la palabra a los panelistas por el tiempo reglamentario.

c) Clausurar la mesa de trabajo.

Los *Secretarios de las Mesas* tienen las siguientes funciones:

a) Presentar a los panelistas.

b) Otorgar la palabra a quienes presenten ponencias.

11. Las sesiones se realizarán sucesivamente para posibilitar un mayor aprovechamiento por parte de los concurrentes a ambos eventos.

12. Las cuestiones no previstas en el presente Reglamento serán resueltas por el Comité organizador.

San Juan, junio de 2009

Lima, junio de 2009

## UN LIBRO DE MANUEL AGUIRRE ROCA

Jorge Avendaño V. \*

Manuel Aguirre Roca perteneció a una familia de empresarios. Su padre fue un destacado líder empresarial. También lo fueron algunos de sus hermanos. Es sorprendente entonces que Manuel se enrumbara por los campos del Derecho. Más aún si consideramos que Manuel no fue un abogado cualquiera sino un jurista que desde joven hizo estudios y obtuvo grados y títulos en Universidades de prestigio internacional. Así, en la Universidad Nacional de San Marcos, en la Universidad de Salamanca, en la Universidad de Harvard y en la Universidad de La Sorbona. Impresionante listado que muy pocos pueden exhibir.

La inclinación inicial de Manuel no fue por el derecho constitucional. Estudió las humanidades en general, practicó el periodismo y la docencia jurídica y ejerció la profesión de abogado en temas generales y en especial en materias bancarias.

Sin embargo, Manuel Aguirre Roca fue miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales, el primero, el establecido en Arequipa al amparo de la Constitución de 1979. Esta incursión suya en un campo que no le había sido familiar hasta ese momento, se debió fundamentalmente a dos razones: en primer lugar a su sólida formación filosófica y jurídica, con especial conocimiento de la estructura del Estado y de la organización social; y en segundo término a la llamada “constitucionalización” del derecho. En efecto, durante las últimas décadas el derecho constitucional ha sufrido en el mundo entero una transformación importante, al incursionar en todas las demás áreas del

---

(\*) A propósito de la publicación, postuma, del libro *La razón en el tiempo*, Lima 2009, que recoge sus votos singulares en el Tribunal Constitucional.

derecho. Lo que era una materia aislada y especializada de la ciencia jurídica, un área reservada a la organización del Estado y a la relación de éste con los particulares, ha ido “invadiendo” todas las disciplinas jurídicas. Así, el derecho constitucional no se limita al estudio de la Constitución sino de las demás ramas del derecho, impregnadas de la materia constitucional. Por esto es frecuente que en el Tribunal de la Constitución se discutan y resuelvan casos que corresponden al campo del derecho penal, el derecho civil, el derecho mercantil, el de la competencia, el pensionario, el laboral, etc.

Este fenómeno se presenta en muchas partes del mundo, decíamos líneas arriba. En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos y los Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y España, entre otros, ven con frecuencia asuntos de otras ramas del derecho en las que el derecho constitucional ha “penetrado”. El juez constitucional debe ser pues, como lo fue Manuel Aguirre Roca, una persona de amplia formación, no sólo jurídica.

Me tocó participar en la elección de Manuel como miembro del Tribunal. Esto ocurrió a poco de instalarse el Congreso de 1995 al 2000 del cual formé parte. El Congreso tenía mayoría del gobierno, es decir, fujimorista. Como era lógico esperar, la mayoría quería repetir el plato en el Tribunal, lo cual representaba tener al menos cuatro miembros de su total confianza. Esta mayoría, dicho sea de paso, les resultó después insuficiente, al punto de que tuvieron que adecuar la Ley Orgánica del Tribunal estableciendo que para declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad de una ley se requerían seis votos. Esto daba lugar al absurdo de que si bien podía haber cinco votos a favor de la inconstitucionalidad, no había decisión favorable: dos votos eran en la práctica más que seis...!

Decía que me tocó participar en la elección. Luego de muchas votaciones frustradas (se requerían ochenta votos para ser elegido), finalmente los fujimoristas aceptaron apoyar a Manuel Aguirre, con lo cual resultó elegido. Fue un largo proceso, en el que hubo que hacer concesiones. Lo cierto es que los miembros de la mayoría gobiernista no podían contar incondicionalmente con él porque sabían que se trataba de un hombre independiente y que actuaba de acuerdo a lo que pensaba.

Pocos años después en el mismo Congreso fuimos testigos del acto arbitrario contra Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, quienes fueron destituidos de sus cargos en el Tribunal Constitucional. Su “pecado”: haber votado contra la ley de interpretación auténtica que autorizaba una reelección más de Alberto Fujimori al cargo de Presidente de la República. De nada valieron los argumentos de los abogados defensores de los tres juristas a los que se “procesaba”, como tampoco las encendidas protestas de los congresistas de oposición. La suerte estaba echada. La orden venía de Palacio o quizás del SIN...

Pero como ocurre siempre, las dictaduras terminan, aunque los dictadores no lo crean. Fujimori terminó fugándose al Japón mientras que Aguirre, Rey y Revoredo regresaron al Tribunal por la puerta grande, luego de haber sido desagraviados por el país entero.

Honda huella dejó Manuel Aguirre en el TC. Desde el Tribunal de Garantías Manuel se caracterizó por sus votos singulares. No es que necesariamente fuesen opiniones discrepantes. A veces coincidían con la de la mayoría, pero Manuel ampliaba los fundamentos o los expresaba de otro modo. Y es que Manuel fue siempre un perfeccionista. En las Salas o Tribunales de Justicia es frecuente que si no media una discrepancia sobre el sentido del fallo, los vocales se sometan a la opinión mayoritaria. Es la ley del menor esfuerzo: no es preciso redactar fundamentos distintos. Esta costumbre no contaba para Aguirre Roca. El se esforzaba y trabajaba siempre para dejar muy claro su punto de vista. Por esto su parecer quedó siempre escrito, como lo acredita este valioso libro impulsado con devoción y cariño por su esposa Linda.

Sólo un caso quiero comentar. El año 1996 treinta y seis congresistas de la República interpusimos una acción de inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Esta disposición, a la que hemos aludido anteriormente, establecía que para declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, se requerían seis votos conformes. De no alcanzarse esta mayoría, el Tribunal debía declarar infundada la demanda.

Los congresistas demandantes tuvieron a bien designar como sus apoderados a la Dra. Beatriz Merino, al Dr. Antero Flores Araoz y a quien escribe estas líneas <sup>(1)</sup>.

De los siete miembros del Tribunal, cuatro votaron por desestimar la demanda y tres por declararla fundada. Estos últimos fueron Manuel Aguirre, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo de Mur. Hubo, desde luego, un voto singular de estos últimos, del cual extraigo algunos fundamentos que pese a ser contundentes, no lograron “convencer” a los cuatro de la mayoría.

Discrepamos de la sentencia suscrita por los otros cuatro (04) miembros de este Tribunal Constitucional (TC), no sólo porque no concordamos con sus considerandos -según se explica más adelante-, sino porque del cuidadoso examen de los autos, de la correspondiente evaluación de la tesis de las partes y del estudio de la normatividad jurídica pertinente, fluye, en nuestro criterio, que la regla de votación que, a su juicio, es constitucional, no sólo no lo es, sino que impide, de modo puntual y directo,

---

<sup>(1)</sup> Contamos con la importante colaboración de Samuel Abad Yupanqui.



el cumplimiento del principal cometido que la Carta Magna ha querido confiar a este TC -cual es, como se sabe, el de resolver, mediante su opinión colegiada, y no, por cierto, mediante la de uno solo de sus miembros, o, todo lo más, la de dos de ellos- las demandas de inconstitucionalidad.

(...)

Los dos primeros fundamentos (del voto de los cuatro)... reposan en la tesis, a nuestro criterio errónea, de que, textualmente "... para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa, y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles".

No compartimos esta tesis, porque, dada la naturaleza de la Carta Política: de ser la "Ley de Leyes" -o, si se quiere, de Ley marco, por excelencia-, los preceptos constitucionales encierran valores, propósitos y sentidos que, a nuestro modo de ver, sí requieren -y en grado mucho mayor que las leyes ordinarias- de interpretación. Si para determinar si una ley o norma de rango legal es o no constitucional, fuese menester encontrar incompatibilidades "precisas y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles", este TC, a nuestro juicio, estaría de más, pues su principal misión consiste, precisamente, en resolver controversias que giran en tomo de interpretaciones constitucionales divergentes. y también estaría de más, por análogas razones, la facultad del control difuso otorgada al Poder Judicial, pues ella también se ejerce, precisamente, cuando surgen, dentro del proceso judicial, "interpretaciones o deducciones controvertibles", respecto del alcance, sentido, propósito o motivación de las normas constitucionales, y, consecuentemente, de su posible incompatibilidad con las leyes y dispositivos, en general, de menor jerarquía.

(...)

En el tercer fundamento...se pretende, en síntesis, que este TC sólo puede actuar dentro del marco de su Ley Orgánica, aparentemente olvidando que dicha norma, lo mismo que todas las leyes, orgánicas o no, están sujetas, por expreso mandato de los artículos 201 y concordantes de la Carta Política, al control constitucional de este Tribunal.

(...)

En el cuarto fundamento, signado con el número 5), se emplea el argumento de la "razonabilidad", y se recurre a la "interpretación", para sostener que la "mayoría calificada" del impugnado artículo 4º, no es inconstitucional, olvidando, así, su previo rechazo del método de las "interpretaciones controvertibles", como medio para determinar si las normas cuestionadas son o no inconstitucionales. Aunque tal situación debilita,

enormemente, la tesis, resulta conveniente anotar, con relación a este punto, que si bien, en efecto, en ciertos casos es normal que se exijan “mayorías calificadas”, en el ámbito jurisdiccional-que es el que aquí interesa- las mayorías calificadas exigidas por altas que sean se aplican tanto a demandante como a demandado, y jamás, como lo hace la norma cuestionada en estos autos, sólo a una de las partes, y ello en abusivo beneficio de la otra, aparte de que, además, dichas mayorías siempre pueden ser, en tales casos, alcanzadas, pues con tal objeto se proveen, en este campo jurisdiccional, los mecanismos de las “dirimencias”, u otros análogos. El problema, pues, no radica en el número de votos ni en el nivel de las “mayorías calificadas”, sino en la descomunal desigualdad procesal-constitucional consagrada en el artículo 4° de la Ley 26435. Los suscritos, por ello, no estimamos inconveniente que se exijan seis (06) votos -o, aún, más-, siempre que se exija lo mismo a todos los interesados -demandantes y demandados-, y que, además, se provea de un sistema complementario que -como en la Corte Suprema- permita, siempre, alcanzar el número requerido para resolver, cualquiera que sea el sentido del fallo.

(...)

...nos resulta prácticamente imposible aceptar la afirmación de que la regla cuestionada no “sea contraria a los principios de razonabilidad” y “proporcionalidad”, siendo así que dicha regla exige, en un caso, más del 85% de la votación-, y que tampoco sea contraria a los “principios democráticos”- no obstante que la misma hace prevalecer, en sede jurisdiccional, a la minoría sobre la mayoría.

(...)

En vista de lo expuesto, estimamos que el punto crucial que debe dilucidarse, para estar en condiciones de pronunciar sentencia, es si es compatible con la normatividad constitucional, la regla que otorga tanta ventaja, en los procesos jurisdiccionales abiertos por demandas de inconstitucionalidad, a la parte demandada que sólo defiende, por antonomasia, la norma de rango legal, hipotéticamente inconstitucional, frente a la parte actora -que defiende, igualmente por definición-, la normatividad constitucional, hipotéticamente afectada por la norma impugnada en la demanda, esto es, dicho de otro modo, si es compatible con la Constitución el que se otorgue tal ventaja -tan insólita y descomunal ventaja, en verdad, pues ella llega, aritméticamente, hasta el seiscientos por ciento (600%)- a la vigencia o supervivencia de la ley cuestionada, y supuestamente reñida con la Constitución, frente a la norma constitucional, supuestamente lesionada con dicha ley, y que toca a este TC defender.

Manuel Aguirre Roca fue un gran jurista peruano que acreditó al TC en momentos en que éste recién abría una importante huella en el sistema legal peruano. Sus opiniones fueron conformando esta institución que ha sido criticada, es cierto, pero sin duda alguna cumple una importante labor en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Lima, noviembre de 2008

# EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(A PROPÓSITO DE UN LIBRO RECIENTE DEL PROFESOR  
LIBARDO RODRÍGUEZ EN COLABORACIÓN CON  
JORGE ENRIQUE SANTOS R.)

Juan Carlos Cassagne \*

El oficio de escribir un libro jurídico constituye, en cierto modo un arte en el que se amalgaman el conocimiento científico de la disciplina con el razonamiento fundado en premisas lógicas y reales a fin de formar la *opinio iuris* necesaria para la comprensión del derecho y lograr una interpretación justa. Esta obra del gran jurista colombiano Libardo Rodríguez es una muestra elocuente de ello. Su ficha es la siguiente: “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, Ed. Temis, Bogota, 2009, 237 pp.

El libro viene a cubrir un vacío existente en el estudio de la temática del equilibrio contractual en el contrato administrativo puesto que, como se advierte desde la introducción, salvo la excelente obra de Ariño Ortiz, que aún mantiene interés científico, no se había abordado esta cuestión de manera integral hasta la aparición de este trabajo que tiene el triple mérito de su claridad, sencillez y profundidad.

Como verdadero maestro, el autor no pretende erigirse en comparatista sino en un jurista comprometido con el derecho colombiano, a cuyos protagonistas destina, con una capacidad de persuadir poco común, una serie de trascendentes reflexiones sobre la materia que aborda.

---

(\*) Profesor emérito de la Universidad Católica Argentina. Titular Consulto de la UBA

Pero ese propósito resulta ampliamente excedido pues, quizás sin habérselo propuesto, el autor ha construido una verdadera obra comparada cuyos cimientos descansan en la cultura jurídica latinoamericana y europea. No hay que olvidar que, como ha dicho Vargas Llosa, América Latina con sus matices y peculiaridades *es una proyección ultramarina de Occidente*,<sup>1</sup> aunque con una personalidad diferenciada.

Lo que nos une a Occidente es algo más profundo que las diferencias que tenemos y cuesta todavía que se reconozca, en el derecho público comparado, el valor de nuestra cultura jurídica, aplanada por los defectos de nuestras dirigencias políticas de turno. Pero no faltará el día en que se produzca ese reconocimiento al interior de una Europa que, hasta hace relativamente poco tiempo, tenía hasta su literatura encerrada en sus fronteras artificiales, sin reconocer la superioridad de los grandes autores latinoamericanos (Borges, Octavio Paz y García Márquez, Cortazar y Vargas Llosa, entre tantos otros).

En el campo jurídico, este libro modélico de Libardo Rodríguez viene a reflejar, precisamente, la jerarquía que ha alcanzado la doctrina latinoamericana con sus infinitas proyecciones en temas poco explorados por la doctrina comparada.

El eje de la concepción del libro que comentamos gira en torno de la teoría del contrato administrativo al cual concibe, dentro de la definición del contrato estatal propugnaba en su país, como una regulación diferenciada del contrato privado (y aún del contrato de la Administración regido en forma prevaleciente, por el derecho civil o comercial). Como es sabido, esta tesis similar con la que venimos sosteniendo en Argentina.

De allí en más, el autor sistematiza y desgana las diversas causales que producen la alteración del equilibrio económico del contrato administrativo a través del examen de las clásicas teorías del hecho del príncipe, de la *potestas variandi* y de la imprevisión sobre las que expone, en cada caso, conclusiones asentadas en juicios lógicos y reales. El estudio no elude la significación práctica que entraña la adopción de los distintos criterios para corregir el desequilibrio contractual, destacándose, en el último capítulo, el análisis que formula sobre los diversos instrumentos tendientes al restablecimiento del equilibrio en el contrato administrativo.

Particularmente novedoso y creativo nos ha resultado la visión que se expone en esta obra sobre la necesidad de considerar al incumplimiento contractual como causal de la alteración del equilibrio del contrato administrativo, en un escenario que respeta la observancia de la *lex contractus* y del *pacta sunt servanda*.

---

<sup>(1)</sup> VARGAS LLOSA, Mario, *Sueño y realidad de América Latina*, discurso al recibir el doctorado "Honoris Causa" de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 51.

En este aspecto, ha desarrollado la línea expuesta en Argentina por el maestro Marienhoff. En tal sentido, penetra de lleno en el campo de la responsabilidad contractual y a través de una sistematización teórica impecable en el plano de la lógica jurídica, distingue acertadamente los dos tipos de responsabilidad contractual que cabe reconocer en materia de incumplimiento. Así, cuando se trata de una obligación de medios, en la que la conducta de la Administración es la clave para que se configure el incumplimiento estamos ante una típica responsabilidad subjetiva basada en la culpa mientras que en aquellos supuestos en que la violación del contrato reside en el incumplimiento de una obligación de resultado la responsabilidad es objetiva.

En suma, es altamente auspicioso que un jurista latinoamericano de la talla de Libardo Rodríguez haya dedicado parte de su tiempo a escribir esta magnífica obra que contiene una adecuada mezcla de raíces europeas y de experiencias vernáculas. No dudamos que se trata de un trascendente aporte al derecho público que resultará de gran utilidad para los profesionales del derecho al propio tiempo que abrirá nuevos rumbos en la doctrina y jurisprudencia de nuestros países.

# NECROLÓGICA

---

## AUGUSTO M. MORELLO (1926-2009)

No es verdad que ha muerto Augusto Mario Morello. Probablemente dejemos de verlo físicamente, pero su presencia siempre estará entre nosotros. Donde cualquiera lo busque encontrará un tiempo dilecto aplicado a una obra reflexiva y crítica, analítica y testimonial en la que habrá más que purismo y técnica. Él siempre fue así, incansable en la prédica dejó más de cien libros, y casi dos mil quinientos artículos de doctrina; trescientas dos recensiones, y hasta donde pude hacer el recuento, con treinta y cuatro libros a él dedicados y veintitrés jornadas y congresos que lo honraron en vida.

Esto solo testimonia una vida inspirada, única, ejemplar y sería bastante para el académico; pero jamás lo fue para "Tito" (desde que estábamos en el colegio secundario lo convertimos en "Titius" por *Titius Coruncanio*, pontífice romano de gran ingenio e inteligencia), que en cada obra supo anticipar los tiempos de posteriores debates entre juristas. Así fue como desde aquella primera obra lejana: "Juicios Sumarios" (repetida en actualizaciones por quienes siguieron sus huellas) indagó el valor de la jurisprudencia; o después de haber sido juez civil cuando con menos de treinta años ejerce la magistratura y produce "El boleto de compraventa inmobiliaria"; o con apenas treinta y cuatro años cuando alcanza el cargo de juez de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y promueve en el corto tiempo que allí se mantuvo (su carrera judicial quedó truncada con el golpe militar de 1966) la más notoria evolución jurisprudencial de un tribunal valioso por su composición e intrínseca sagacidad.

Después fue "el abogado", hombre de la colegiación bregó por ella con su dilecto discípulo Roberto O. Berizonce, hasta conseguir que el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires se convirtiera, además de un



cuerpo orgánico para la evolución institucional, en una entidad dispuesta para la capacitación y enseñanza de los nuevos profesionales. Morello fue un abogado de abogados; hombre de causas justas, y de inteligencia proverbial, fue intenso en la actividad profesional y difícil de congraciarse con superficiales o poco fecundas motivaciones. Todo para él debía ser profundo, meditado, ... “hay que respetar al intelecto” decía (...) “del otro lado también hay un abogado que piensa y cree que su argumento es mejor” (...) “solo estudiando podemos superarnos”; estos son apenas recuerdos de prédicas constantes; de aportes a la formación que, gracias a la vida, pude encontrar reflejados en otro de sus grandes discípulos, como Juan Carlos Hitters, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, hasta hace apenas pocos días atrás, con quien supe ir tomando aquél ejemplo .

Morello sabía repetir una frase que tomó de un abogado bonaerense para sostener que la valía de las personas tenía dos parámetros: las obligaciones que asumía en la vida; y los afectos generados tras esas obligaciones. Quizás, por eso, la amistad que ofrecía se tornaba vivificante por cuanto importaba estar con él. Nunca lo escuché insultar; menos aun blasfemar o hablar mal del otro, apenas oí que dijo de alguien que desde un estrado lo defenestraba solo por ideología que (...) “yo soy más generoso”. Y esa actitud de mirar hacia adelante fue una característica que lo atrapó en sus desvelos por un país al que le reclamó un Pacto Social, un compromiso de solidaridad y humanismo sin hipocresías, ni mezquindades, ajenos de apariencias propias de gente cínica.

También se ocupó de ocuparnos, siempre y pese a que también crecimos en tiempo cronológico y obligaciones, había un llamado para encargarnos de algo o de alguien. “Hay que saber que ayudando, es cuando más nos ayudamos” me dijo una vez cuando llegó a nuestro país un joven profesor mexicano que soñaba poder estudiar a su lado. Nos llevó de la mano a mí, y a todos los que formamos la “Escuela de La Plata”, y cuando nos soltó fue asumiendo el compromiso de seguir la impronta; claro fue que nunca perdió el control. Apenas era un espacio para las libertades que cada uno debía seguir sin disipar el rumbo trazado. Muchos fueron sus hijos y nietos jurídicos (y en su obra “Lo hecho” que reseña parte de sus ocupaciones y preocupaciones hasta los 70 años, destaca con nombres a quienes les dio su manto protector y señaló las cosas que debían en más ser hechas), pero es incontable la proyección de su pensamiento y convicción por conseguir los mejores resultados funcionales para la justicia; la ansiedad de ecuanimidad permanente cuando refirió –antes que todos- a los compromisos sociales de la justicia de acompañamiento; a las innumerables ocasiones que la anécdota que cuento se reproduce en historias

simples que repiten esa predisposición a estar atento a todos y siempre pensando en los demás. Una vez se dijo que el mejor verbo que conjugaba era el “dar”, y doy fe de su verdad.

Esta fue otra faceta de su vida. Generoso sin igual, por respeto a una vida sencilla y sin ostentaciones no daré a conocer las miles de veces que vimos acciones concretas de esa bonhomía propia de un hombre fiel a sus convicciones. Donde estuvo dejó huella.

En sus tiempos de reflexión supo aprender de otros intelectos tan altos como el suyo cuando con ellos estaba en la Academia Nacional de Derecho. El entusiasmo era evidente, pocas cosas lo conmovieron más que los encuentros con sus pares, a quienes les dispensó un respeto y admiración que se encargó de ponderar.

Es cierto que lo vamos a extrañar; como negarlo si fue en nuestra vida más que un ilustre formador vocacional. Se convirtió desde que era muy joven en un padre espiritual, y sus hijos han sido, especialmente Lisandro, el hermano que la vida no me dio.

Creo que ese sentimiento de gratitud es el que podemos sentir muchos de los que recibimos siempre esa alegría de vivir y de hacer para los demás con la que Augusto Mario Morello forjó la historia que hoy empezamos a contar.

Oswaldo Alfredo Gozaíni

## LUIZ PINTO FERREIRA (1918 –2009) \*

Luiz Pinto Ferreira falleció el 7 de abril de 2009, después de dos años de una penosa enfermedad. Fue el gran constitucionalista brasileño, muy conocido fuera del Brasil, pero sobre todo en la América Latina.

Pinto Ferreira nació el 7 de octubre de 1918 en Recife, Estado de Pernambuco, en el Brasil. Hizo la escuela primaria en el Colegio Nóbrega en los años de 1927 y 1928, en Recife; cursó la secundaria en el Liceo Pernambucano en el año de 1929, también en Recife, y en el Colegio Aldridge en Río de Janeiro los años de 1930 y 1931 y en el Colegio Maristas los años de 1931 a 1933, también en Recife. Estudió Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco, antigua Facultad de Derecho de Olinda fundada en 1827 conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Se tituló como Libre-docente de Teoría General del Estado por la misma Universidad en 1944. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en 1944 y luego Profesor de Derecho Constitucional en esa misma Facultad.

En 1975 fue elegido por unanimidad para incorporarse a la Academia Pernambucana de Letras, a propuesta de la propia Academia, y también miembro de la Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, de la Academia Pernambucana de Ciencias, de la Academia Nacional de Derecho (Río de Janeiro) y de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas (ABLI), además de otras asociaciones nacionales y extranjeras como son: Sociedad Brasileña de Sociología, Instituto de Filosofía, Sociedad de Semántica General (Chicago), Academia Americana de Ciencia Política y Social (Filadelfia), Asociación de Filosofía y Ciencia (Detroit), Instituto Peruano de Sociología (Lima), Instituto

---

(\*) El presente texto nos ha sido remitido gentilmente por el profesor José Afonso da Silva. La traducción del castellano al portugués se debe a Domingo García Belaunde (N. del E.)

Iberoamericano de Derecho Constitucional (México) y Asociación Internacional de Filosofía Social y Jurídica. Igualmente de la Academia Internacional de Jurisprudencia y Derecho Comparado.

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de Recife, por haber contribuido ampliamente a la consolidación del área de Derecho en esa Universidad, a través de sus actividades docentes y administrativas, además de la publicación de gran cantidad de artículos y de libros en el área de su especialidad.

Recibió el doctorado “honoris causa” de la Universidad de Coimbra en Portugal en julio de 1999. Fue Decano interino de la Facultad de Derecho de Recife y luego su Decano titular (1982-1986). Fue Vice-rector interino de la Universidad de Federal de Pernambuco en varias oportunidades. En el campo político, tuvo una actuación importante en la izquierda política de Pernambuco, que incluye un manifiesto socialista en 1948 y un libro sobre la democracia socialista en 1953. Combatió la dictadura militar. Fue fundador del MDB-Movimiento Democrático Brasileño de Pernambuco del que fue presidente y por el cual llegó a ser Senador de la República en la década del setenta.

Pinto Ferreira publicó aproximadamente doscientos libros y cientos de artículos en revistas especializadas. Sus trabajos incluyen temas de Filosofía, Sociología, Política, Finanzas y Derecho. Con menos de veinte años, y siendo todavía un estudiante de Derecho, publicó su primer libro bajo el título de *Novos Rumos do Direito Público*. En el campo jurídico, su especialidad fue el Derecho Constitucional, pero también lo fue la Filosofía del Derecho. Además tiene trabajos sobre Derecho Procesal Civil como *Teoría y Prática dos Recursos e da Ação Rescisória no Processual Civil* (São Paulo, Saraiva, 1982) y *Código de Processo Civil Comentado* (Recife, 1982-1985, en 10 volúmenes). Pero fue en el Derecho Constitucional en donde destacó, tanto en la cátedra que regentaba en la Facultad de Derecho de Recife, como en la Facultad de Derecho de Caruaru por él fundada, así como por sus obras que influyeron en varias generaciones, especialmente porque fue el primer constitucionalista brasileño en asumir el compromiso con una visión progresista del Derecho Constitucional. Y el que primero prestó atención a los derechos fundamentales en el sentido más amplio del término, “desarrollando el ideário de libertad y de justicia social, basado en la legalidad y en la legitimidad” democrática, teniendo siempre como norte la realidad brasileña.

Sin olvidar sus obras sobre Sociología (2 volúmenes), Ciencia Política y Teoría del Estado, como *Da Soberania* (1943) e *Teoria Geral do Estado*, en dos volúmenes (1957) y de Derecho Electoral, en Derecho Constitucional (estrictamente considerado), destacamos: *Da Constituição* (1ª ed., 1946, 2ª

ed., 1956), *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, dos volúmenes (varias ediciones), *Curso de Direito Constitucional*, (varias ediciones, la última la 11va ed., São Paulo, Saraiva, 2001), *Comentários à Constituição Brasileira*, siete volúmenes (São Paulo, Saraiva, 1989-1995). Además de estas obras fundamentales y de un *Direito Constitucional Resumido* (1ª ed. 1979, 2ª ed. 1983), Pinto Ferreira también publicó diversas monografías sobre temas constitucionales, como *Regime Eleitoral* (1959), *El Parlamentarismo* (Buenos Aires, 1969, 2ª ed., 1973), *Los partidos políticos en Brasil y su desenvolvimiento histórico* (México, 1962), *As imunidades parlamentares* (1962), *As Constituições modernas da Europa e Ásia* (1962), *O regime dos Estados na Federação Brasileira* (art. 1963), *As Constituições dos Estados no regime federativo* (1964), *O Poder Executivo na República Brasileira* (1967), *As técnicas do parlamentarismo* (1968), *Evolução do federalismo brasileiro* (1968), *O preâmbulo da Constituição* (1968), *El sistema federal brasileño* (México, 1972), *Código eleitoral comentado* (1976), *Vedações Constitucionais* (1979), *Constituinte, Assembléia Nacional Constituinte e Constituição* (1986).

José Afonso da Silva

## JOSE LUIS LAZZARINI (1929–2009)

El deceso del Dr. José Luis Lazzarini a los 79 años, en La Plata, significa la pérdida de una personalidad que se distinguió en cada uno de los ámbitos académico, profesional y político en que se movió.

Lazzarini había nacido el 20 de abril de 1929 en San Nicolás, provincia de Buenos Aires. Fue el hijo mayor del matrimonio formado por Sara Ripa Alberdi y José Esteban Lazzarini. En la Universidad de La Plata se graduó a los veinte años, habiendo obtenido el título en dos años y medio; tiempo después se doctoró en Derecho y Ciencias Sociales y se graduó como Licenciado especializado en Ciencia Política.

Ejerció en forma destacada y hasta en sus últimos días, la profesión de abogado independiente.

Dentro de sus meritos académicos alcanzó el nivel de profesor extraordinario en la categoría de consulto en la Universidad de La Plata. Fue profesor titular en la Facultad de Derecho de los cursos Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la citada universidad, profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires, profesor de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata, además de profesor de Derecho Constitucional en el Instituto Superior de Ciencias Administrativas de la Universidad de La Plata.

El maestro Lazzarini fue un experto en la interpretación de los textos constitucionales, tanto de orden nacional como de orden provincial, en especial de Buenos Aires, siendo un hombre de consulta en esas materias entre profesionales e integrantes de los poderes políticos. Se desarrolló como conferencista nacional e internacional, publicó innumerables artículos sobre todo jurídicos en los más importantes periódicos y revistas especializadas de la Argentina.

Con el fallo de la Corte Suprema “Angel Siri” en 1957, el cual admitió la existencia de la garantía del amparo a nivel federal, se dio un importante avance procesal en Argentina. Bajo ese contexto Lazzarini, publicó su libro “El Juicio de Amparo” en 1967, donde sistematizó doctrinariamente el Amparo a fin de difundirlo, principalmente entre profesionales y estudiantes.

Lazzarini también es autor de importantes publicaciones sobre temas de Derecho Constitucional, entre las cuales destacan: “Naturaleza jurídica del acto constituyente de 1860”, “Apariencia constitucional”, “¿Qué es una Constitución?”, “La supremacía de la Constitución”, “La Reforma a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994”, entre otros.

Fue miembro activo de diversas instituciones vinculadas al quehacer jurídico, político, de derechos humanos y de las ciencias sociales; tuvo una constante preocupación por la vida institucional del país, lo cual lo comprometió con la política y lo llevó a participar en instancias claves de la historia de Argentina; producto de ello publicó sus principales y memorables intervenciones en el recinto de la Cámara de Diputados en un libro que tituló: “Debates Parlamentarios”.

Recibió mercedamente reconocimientos, distinciones y homenajes entre los cuales podemos mencionar el del año 1993, con motivo del décimo aniversario del restablecimiento de la democracia en el recinto del Concejo Deliberante de La Plata.

El frente Justicialista Federal consagró a Lazzarini como Diputado Convencional en la reforma constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1994. Tuvo en la provincia de la Convención una actuación sobresaliente en la defensa de los derechos y garantías. Fue él quien instaló la consideración de la hasta entonces poco conocida garantía del Habeas Data. El Derecho de Amparo, al que le dedicara sus mejores desvelos, tuvo también, con el Habeas Corpus, la protección de los derechos sociales y los denominados de última generación, que difundió en aquellas provincias argentinas.

Lazzarini fue un maestro en el derecho, en la política y en la vida. Quienes lo conocieron podrán dar fe de su lucidez, de su carácter alegre y de su gran calidad humana.

Jhonny Tupayachi Sotomayor

# DOCUMENTOS

---



## DISCURSO DEL DR. JUAN F. VERGARA GOTELLI AL ASUMIR EL CARGO DE PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL 6 DE ENERO DE 2009

Amigos:

Creo que no me toca sino esbozar mi programa de acción para el año que se inicia en mi condición de Presidente elegido por la generosidad de mis colegas, decisión por la que renuevo mi agradecimiento y les aseguro cumplir con el encargo.

I. Desde 1920 los Tribunales Constitucionales son los órganos indispensables para el respeto efectivo del ordenamiento constitucional en toda sociedad civilizada. Son pues órganos independientes, con autonomía absoluta de sus miembros, que aseguran en la Constitución la estructura y la función de los estados contemporáneos. Recordamos al Tribunal Peruano que en 1997 se enfrentó con valentía a la dictadura gobernante rechazando la denominada "Ley de Interpretación Auténtica" que buscaba no otra cosa que la perpetuación del dictador en el poder. La respuesta fue la expulsión de tres de sus miembros, lo que nos permitió a los peruanos comprender que la existencia del Tribunal Constitucional es indispensable para la vigencia de la democracia representativa.

El control que realiza para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la persona humana frente a los abusos del poder de turno, y también frente a excesos particulares, ha convertido al Tribunal Constitucional para el ciudadano común en el último guardián capaz de asegurarle la vida digna que la Constitución pregonaba.

Consecuente con lo dicho y al comenzar el mandato de Presidente, que no pedí ni anhelé, asumo tal vez como el último reto de mi vida de juez por aproximados cuarenta años, la defensa de la existencia del Tribunal Constitucional, que a no dudarlo se ha constituido en órgano indispensable del Estado Peruano. Y lo haré con energía, sobre todo frente a propuestas, seguramente de buena fe, de gente amiga y honesta que sugiere su desaparición, no obstante ponerse así de espaldas a la realidad y a la historia. El Tribunal Constitucional es el más efectivo contralor frente a cualquier tipo de gobierno autocrático.

Sin embargo, teniendo como origen la necesidad de otorgarle un mínimo de orden constitucional a las actuaciones de los órganos públicos o privados, reconozco que el Tribunal se ha excedido en su celo por concretarlo. Somos conscientes que tal conducta es negativa porque convierte al Tribunal en un hacedor de cosas mágicas para bien de la vida nacional, lo que puede llevarla afirmar que está en condiciones de hacer lo que le viene en gana, lo que además a un sector del pueblo le ha permitido usar despectivamente contra nosotros la expresión “metiches”. Por eso tenemos que autolimitarnos, apretando nuestras intervenciones a lo que nos es propio, sin invadir sede ajena, lo que también ha de servirnos para manejar mejor la hoy inhumana carga procesal que nos agobia, haciéndonos correr, con riesgo de desmejoramiento de la calidad de nuestra producción. Gracias al sacrificio de los colegas que nos antecedieron, el Tribunal Constitucional se ha hecho un lugar en el escenario nacional que tenemos que preservar. Existe confianza pública en lo que hacemos, obviamente sin desbordes. Este es un valor que no debemos desgastar.

II. Cabe ahora señalar cuáles serán las líneas maestras de orientación del trabajo del Tribunal Constitucional para el año 2009.

(1) Un eje que ha de permitir avanzar en nuestra tarea en el año que se inicia está constituido por la gestión que ya hemos iniciado para la obtención de un inmueble aparente y propio, para sede oficial del Tribunal Constitucional en Lima, puesto que el hermoso local que hoy ocupamos, cedido generosamente solo en uso, no es funcional, amén que se encuentra ubicado dentro de una zona ambiental calificada por técnicos en la materia como la peor de la ciudad de Lima.

(2) El sostenimiento ante el Congreso de la República de un presupuesto real y posible, así como la consolidación de la ya iniciada Racionalización del Personal, con una adecuada rotación que no tiene por finalidad, desde luego, traer a nuestro casa disconformidad o desacomodos, sino darle a cada trabajador mejores condiciones para su propio desarrollo y obtener para el Tribunal mejor producción y mayor calidad.

(3) Precisar los límites de nuestras competencias para extraer de allí la necesidad de nuestra autolimitación. Cabe recordar que, reinstalada en el Perú la democracia, el Tribunal Constitucional reinició sus funciones en el 2001, fijándose constitucionalmente tres ámbitos de su competencia material: resolver en grado único la Acción de Inconstitucionalidad, resolver en grado único los procesos competenciales y revisar las resoluciones denegatorias del Poder Judicial, que llegan a nosotros exclusivamente por impugnación del demandante perdedor en los procesos constitucionales de protección de los derechos de la persona humana, iniciados en dicho Poder del Estado.

Recordemos que somos un tribunal de justicia y que, como tal, intervenimos solo en los procesos de nuestra competencia para solucionar conflictos que nos traen los demandantes que han obtenido sentencias desfavorables en el Poder Judicial. Hemos determinado reiteradamente, por los actuales y por lo que ya no están, que el Tribunal Constitucional no es un órgano de consulta ni de opinión y que por tanto limita sus intervenciones a lo que le es propio. ¿Cómo aceptar entonces el recurso impropio de queja de derecho interpuesto por un instituto que resulta ser ajeno absoluto al proceso constitucional de Hábeas Corpus iniciado por demanda de quien obtuvo sentencia en su favor, proceso que, como queda dicho, ya había concluido en la Corte Superior de Justicia de Lima? ¿Qué significado podríamos darle entonces a las afirmaciones desviadas de quienes, despistados, expresan que debemos ingresar al fondo?

Tratándose de un proceso concluido, ya ni siquiera hay proceso y por tanto ya no existe demandante ni demandado, ni fondo ni forma. Lo cerrado, cerrado está. Sin embargo el referido tercero, que ningún juez pudo atreverse a legitimar su ingreso a ese proceso que ni fue suyo, insiste en una posición que sabe no corresponderle, posición asaz interesada que ha sido definitivamente recusada por un conocido y acreditado constitucionalista, profesor universitario en Estados Unidos de Norteamérica y en el Perú, quien el miércoles 24 de diciembre último escribió en el diario *Expreso* de esta ciudad "...no hay una violación mejor que la otra. Lo que se pedía que hiciera el Tribunal Constitucional es violar la ley para permitir que una institución pudiera tener un derecho que no tiene nadie en el país. Eso es una discriminación inadmisibles".

Para hacer ejercicio de la protección de la Constitución, el Tribunal no necesita invadir el campo destinado a otro órgano del Estado. Cuando en la sentencia de un proceso de inconstitucionalidad declara fundada la demanda y como consecuencia retira a la ley cuestionada del ordenamiento jurídico, no realiza un acto de legislación, porque esta decisión, a diferencia

de lo que sucede cuando el Congreso deroga una norma, no responde a criterios de oportunidad política sino a motivos estrictamente jurídicos.

Por ello, mi labor de gobierno estará centrada en preservar al Tribunal Constitucional dentro de los límites que le son propios al revisar las sentencias expedidas por el Poder Judicial en los procesos de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento, dando efectiva protección jurisdiccional de urgencia a los derechos de la persona humana. En este punto me permito sugerirle al Centro de Estudios Constitucionales la inmediata atención del tema —hasta hoy discutible— contenido en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, en cuanto a la actuación inmediata de las sentencias de primer grado, para que la tutela de urgencia a cargo de los jueces de la justicia ordinaria prestados a la sede constitucional resulte facilitada en todo el territorio nacional.

Hecha esta precisión, podemos afirmar, acaso orgullosamente, que el Tribunal Constitucional desde su fundación ha resuelto aproximadamente 48 mil conflictos en relación a derechos fundamentales y 256 casos de inconstitucionalidad de normas con rango de ley, controlando así en sus desbordes al Congreso de la República, al Poder Ejecutivo, a los Gobiernos Regionales, a los Gobiernos Locales, al Poder Judicial, al Jurado Nacional de Elecciones y al Consejo Nacional de la Magistratura, no porque queramos enemistarnos con estas instituciones de igual nivel y de gran importancia para la vida nacional, sino porque es el deber que nos impone la Constitución. Pero aun así encuentro excesos que debemos corregir. El Tribunal Constitucional es un órgano de justicia especializada, es un Tribunal de Justicia Constitucional que resuelve conflictos necesariamente relacionados a derechos fundamentales de la persona humana. Me pregunto entonces, ¿por qué el Tribunal Constitucional tuvo que decidir sobre la propiedad de las botellas de cerveza que todos nosotros tenemos o podemos tener en nuestro poder, a propuesta de dos empresas transnacionales? O, ¿por qué se le pidió decisión al Tribunal respecto a un arbitraje libremente concertado por dos empresas mineras?

Cabe reflexionar sobre la solución de conflictos que traen al Tribunal personas jurídicas, especialmente sociedades mercantiles que, como suele expresarse en la vida comercial, más que sociedades de personas humanas, son sociedades de capitales. También, sobre la legitimidad para obrar activa extraordinaria del inciso séptimo del artículo 201º de nuestra Constitución en lo que respecta a los Colegios de Abogados del Perú, que cada uno gobierna el ejercicio profesional solo en su Distrito.

Pero, la necesidad de la autolimitación no queda limitada a estos aspectos jurídicos. La situación que vive el Perú de cara al año 2009 que se inicia se enmarca en la crisis financiera internacional. Frente a este

problema real, ¿qué puede hacer el Juez Constitucional? ¿Cómo podemos colaborar nosotros, en último grado? Creo, al respecto, que debemos evitar el reproche social por desbordes o extralimitaciones, decidiendo no más ni menos que en lo que nos corresponde, sin invadir territorios ajenos, para garantizarle al inversionista la predictibilidad de nuestros mandatos y garantizarlo en sus derechos.

Nuestras sentencias deben ser cortas, con crisis y sin ella, simples, claras, pues deben dirigirse a los justiciables que no son abogados y no solo a sus defensores que así se convierten en necesarios intérpretes de lo que decimos a través de ellas, sin reflejar disputas académicas ni llenar hojas con citas bibliográficas como si una sentencia fuera una monografía en temática de especialidad o un libro. Cada cosa en su lugar. Una sentencia es la decisión de jueces sobre un caso concreto en el que se persigue la solución del conflicto que trae el demandante.

Ya Manuel Atienza, filósofo español de la Universidad de Alicante, aquí en nuestra casa, se encargó de hacernos una crítica severa sobre este punto. En dicha oportunidad, el maestro español descartó las citas de jurisprudencia extranjera en nuestras sentencias. Creo que en tal sentido esta práctica en nuestro medio resulta peligrosa, dado que en materia de jurisprudencia siempre se podrá encontrar decisiones en un sentido y en otro sobre el mismo tema —porque los tribunales están conformados por jueces de distinta opinión o porque a veces cambian— prestándose a la manipulación. Incluso, me atrevería a decir que estamos ante una forma sutil de prevaricación, porque es posible buscar la jurisprudencia que más conviene al sentido del fallo que uno quiere. La decisión, pues, debe ser construida en base al derecho vigente y a los hechos concretos del caso. Las citas deben ceñirse a lo que el propio Tribunal Constitucional viene diciendo homogéneamente en sus resoluciones. Son éstos algunos pasos a seguir para la búsqueda de la autolimitación responsable.

III. Pasemos ahora a los temas de gestión. Reestructuraremos el trámite interno de expedientes a fin de acortar pasos para emitir las resoluciones de manera más rápida. Venimos trabajando en ese sentido.

Cambiaremos la organización interna del Tribunal Constitucional conforme a la aprobación de un nuevo reglamento. Por lo pronto, anuncio que como Presidente del Tribunal Constitucional solo presidiré los plenos jurisdiccionales, donde nos encontraremos los siete jueces constitucionales supremos (mal llamados “magistrados”) —puesto que he sido elegido para gobernar, para velar por la marcha administrativa del Tribunal. El Pleno debe ver los procesos competenciales y, solo por excepción, los casos en los que los demandados sean la Corte Suprema de Justicia de la República

(como Poder Judicial), Poder Legislativo, Poder Ejecutivo (como Poder), Jurado Nacional de Elecciones y Consejo Nacional de la Magistratura. Todo lo demás, por las Salas jurisdiccionales, sin excepción. Estas Salas serán integradas y presididas conforme a la antigüedad, que es la que define la posición personal de cada magistrado dentro del Tribunal Constitucional. Durante el año 2009 ningún juez constitucional supremo se quedará sin integrar una Sala. No habrá magistrado de vacaciones por esta razón y no habrá sino que aplicar, como corresponde, el artículo mal dado de nuestro Reglamento. Se trata de simple interpretación.

En este año continuaremos con nuestra política de descentralización de la justicia acercando la justicia constitucional al pueblo y al Perú profundo a través de las audiencias descentralizadas. Empero, en esta misma línea de trabajo para este año, potenciaremos la labor del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de nuestro Tribunal. Para ello, ya iniciamos el trámite de recuperación de nuestro pequeño local en la calle Los Cedros de San Isidro, a fin de que el CEC cuente con ambientes y oficinas adecuados. Asimismo, en el presupuesto de este año el CEC tiene una partida propia y se le dotará del personal indispensable para que desarrolle sus labores académicas y de difusión en las mejores condiciones.

Aquí deseo hacer un pedido especial al Director del CEC, mi colega y amigo Dr. Eto Cruz, luego de más de cuarenta años de labor jurisdiccional: creo que el CEC debe efectuar una labor preferente en la investigación sobre los usos y costumbres (Derecho consuetudinario) de zonas y comarcas alejadas del territorio nacional.

Debemos reparar asimismo en la lucha anticorrupción del Gobierno Central en lo relacionado al mejoramiento del servicio de justicia: menos pasos en la confección de las sentencias, menos pérdida de tiempo, mayor control por los Jueces Constitucionales Supremos respecto de la calidad productiva; exigencia a asesores para el mejoramiento de la producción y la calidad, con controles directos de éstos; extensión máxima de proyectos de sentencias (acaso 10 paginas), sin pies de página ni citas textuales de doctrina y jurisprudencia, excepto las sentencias del propio Tribunal Constitucional peruano; claridad, precisión y exposición expresa de lo que se manda u ordena, es decir mayor participación de los "magistrados" en la redacción de resoluciones (tratándose de sentencias con plantillas, éstas deberán ser hechas directamente por la comisión de asesores correspondiente: *Comisión Cero*) con colaboración de los practicantes); exigencia de responsabilidad a los coordinadores; uso de los vehículos oficiales sólo de lunes a viernes; atención por los choferes de siete de la mañana a nueve de la noche, dándoles el tiempo necesario para su alimentación; control y limitación de la gasolina para que ésta pueda ser utilizada solo por los

vehículos oficiales; y el pedido expreso al Director del CEC — como ya lo hemos dicho — para que este organismo propio del Tribunal Constitucional dé atención preferente a los usos y costumbres de nuestros pueblos y no se limite este interés a sólo las audiencias al interior del país ni menos convertir a nuestros asesores, que en su formación significa para el Tribunal entrega de tiempo y dinero, en simples recicladores de lo que se obtiene en Europa.

