

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA VALEGA
SECRETARIO

AÑO 16, Nº 30
ENERO-JUNIO DE 2015

30 / 2015

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Sobre el modelo político y el Derecho Administrativo

ALLAN R. BREWER-CARIAS

El constitucionalismo contemporáneo.

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio

MARCELO FIGUEIREDO

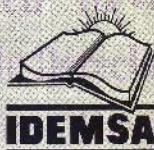
El objeto de protección del nuevo Juicio de Amparo
mexicano

ALFONSO HERRERA GARCÍA

Territorialidad, soberanía y constitución.

Las bases institucionales del modelo de Estado territorial

LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 16, Número 30 • Enero-junio 2015

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 Valega

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, Marcelo Figueiredo, André Ramos Tavares
Chile : Humberto Nogueira Alcalá
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita, 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, Luca Mezzetti
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 (†)

Allfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo

Correspondencia editorial:

Av. José Gálvez 200 (Corpac), Lima 27 - PERÚ

E-mail: lcelguera@gmail.com

© **IDEMSA**

Importadora y Distribuidora

Editorial Moreno S.A.

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

E-mail: editorialmoreno@yahoo.es

jml_idemsa@hotmail.com

Distribución:

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

Tel (01) 427-2128

Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106

Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201

Tel/fax: (084) 24-7575

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 1501012001-0883

Ejemplares: 130

La "Revista Peruana de Derecho Público" se encuentra en versión digital en el sitio web: www.garciabelaunde.com libre de todo costo, desde el número 1 al 25. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico lcelguera@gmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 30.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/. 8.00 por número. Los envíos al extranjero pagarán el importe del flete aéreo en vía normal o courier, según pedidos.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta Revista por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita del Director y los autores

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

SUMARIO

Editorial	9
-----------------	---

ESTUDIOS

Sobre el modelo político y el Derecho Administrativo ALLAN R. BREWER-CARÍAS	13
--	----

El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio MARCELO FIGUEIREDO	39
---	----

El objeto de protección del nuevo Juicio de Amparo mexicano ALFONSO HERRERA GARCÍA	57
---	----

Territorialidad, soberanía y constitución. Las bases institucionales del modelo de Estado territorial LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR	85
--	----

Anotaciones a la vigencia del Código Procesal Constitucional boliviano BORIS WILSON ARIAS LÓPEZ	103
---	-----

Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica MANUEL FONDEVILLA MORÓN	123
--	-----

SUMARIO

La rebeldía del legislador JOSÉ MIGUEL ROJAS BERNAL	141
--	-----

Notas a propósito de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS	171
---	-----

CRÓNICA

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio por sus noventa años, paradigma de humanismo y de vida ejemplar académica MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO	185
---	-----

NECROLÓGICA

A la memoria del maestro Pablo Dermizaky Peredo (1923–2015) JOSÉ ANTONIO RIVERA S.	199
--	-----

DOCUMENTO

El estatuto protector de la función parlamentaria DARÍO HERRERA PAULSEN	205
--	-----

EDITORIAL

El semestre discurrió marcado por un desenlace algo inesperado de los problemas de corrupción en algunos gobiernos regionales, de lo que dimos cuenta en nuestro Editorial anterior. Como medida paliativa, el Congreso aprobó una ley por la cual se cambió la denominación de los Presidentes Regionales por el más aparente título de Gobernadores Regionales. Este cambio —más cosmético que esencial— no resuelve la problemática institucional de las autonomías regionales, requiriéndose de un debate amplio y profundo para revisar lo que fue un proceso de regionalización bastante mal llevado desde sus inicios.

Dicho desenlace comprendió el descubrimiento de una amplia red de corrupción, que involucra incluso a ciertos magistrados, jueces y fiscales, en la que se llegó a hacer uso de sicarios al servicio de los cabecillas, a fin de asesinar a sujetos que representaban un riesgo aparente de quedar delatadas las acciones criminales de la red. No obstante, nuestras instituciones no lograron seguir el hilo de las investigaciones y llegar a atar los cabos necesarios para dar con estos crímenes.

El asunto cobró ribetes mayores cuando las investigaciones dieron con que el principal asesor-promotor del partido actualmente en el Gobierno, para sus campañas electorales de 2006 y 2011, había servido también en la elección de los ex presidentes regionales involucrados en esta red, gracias a lo cual se obtuvo apoyo electoral de sus bases para la elección presidencial. Y es que siguiendo este curso de la investigación, se vio que la campaña del vencedor en las presidenciales del 2011 fue financiada con dinero proveniente de arcas de muy probable origen en el fisco venezolano, con lo cual se configurarían diversos ilícitos, incluyendo la malversación de fondos. Sucesivamente, se descubrió que ese dinero había sido introducido de forma indiscutible en las declaraciones hechas a la Administración Electoral,

atribuyéndolo a una constelación de presuntos donantes-testaferros, de entre quienes algunos han salido a negar ello aduciendo que sus nombres fueron simple e inconsultamente utilizados.

Estos destapes de escándalo ocurrían en concomitancia con que la Presidenta del Consejo de Ministros enfrentaba una censura por el Congreso, motivada en haberse descubierto que una sección de los servicios de inteligencia nacional había estado dedicada a hacer reglajes y levantamientos de información respecto de muchos ciudadanos peruanos, particularmente notables, caso de políticos periodistas y grandes empresarios. A pesar de que ello no supuso censurar al Gabinete —pues muchos de sus miembros volvieron a sus mismas carteras— el presidente Humala salió a advertir que con ello se había dado tal supuesto y que, si se repetía el escenario, podría “cerrar” el Congreso. A partir de estas preocupantes declaraciones, en las esferas de la opinión pública se comenzó a barajar la hipótesis de que Humala tendría *in pectore* el plan de dar un golpe de Estado, llegándose a presuponer que intentaba trocar las venideras elecciones por un plebiscito por convocar una asamblea constituyente y de facto extender su mandato durante su curso. Pero esto fue prontamente desmentido.

En medio de esta batahola gobiernista se suscitaron violentas protestas en el sur del país contra ciertos grandes proyectos mineros, lo que puso en jaque al Gobierno, con varios muertos por los enfrentamientos. El flamante presidente del Consejo de Ministros, Pedro Cateriano Bellido, asumió una postura firme en negar la hipótesis de cierre del Congreso, y ha adquirido una voz relativamente determinante en este tramo final del gobierno de turno.

Sea como fuere, las hipótesis no son lo relevante, sino el hecho de que el último año de este Gobierno discurra con la mayor normalidad y se manejen con buen juicio los problemas graves que aquejan al país, caso de la desaceleración económica y la inseguridad ciudadana, y por supuesto, que se haga unos comicios pacíficos y justos, que lleven al país al siguiente periodo constitucional con toda normalidad ya que la convocatoria a elecciones generales se hará en los próximos meses.

Problema aparte es la situación del Tribunal Constitucional, que ha empezado a sentar precedentes vinculantes muy discutibles, que a la larga crean indefensión en el ciudadano que confía alcanzar justicia a través de un proceso constitucional.

Lima, junio de 2015

La Dirección

ESTUDIOS

SOBRE EL MODELO POLÍTICO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO *

Allan R. Brewer-Carías**

I

Al ser el derecho administrativo un derecho estatal o un derecho del Estado, ello implica ineludiblemente que el mismo está necesariamente vinculado al modelo político en el cual opera el propio Estado conforme a la práctica política del gobierno, siendo ello, históricamente, uno de los más importantes elementos condicionantes de nuestra disciplina.

No hay que olvidar que el derecho administrativo, como tal derecho del Estado, comenzó realmente a manifestarse en tiempos del absolutismo, cuando el sistema político estaba basado en el principio del Poder absoluto del Monarca, quien era el único titular de la soberanía, y que concentraba en su persona todos los poderes del Estado, sin que existiese régimen

(*) Texto preparado para la conferencia dictada en las XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. La Constitucionalización del Derecho Administrativo, organizadas por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 3 de septiembre de 2014.

(**) Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

(1) Véase André Demichel, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

(2) Sobre el tema, bajo el ángulo de la Administración, nos ocupamos hace años en Allan R. Brewer-Carías, “Les conditionnements politiques de l’administration publique dans les pays d’Amérique Latine”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213–233; y “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos” en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239–258.

alguno regulador o garantizador de derechos ciudadanos frente al Poder Público. Ese fue precisamente el tiempo durante el cual se concibieron todas las ideas políticas que luego contribuyeron a su superación, con las obras de Locke, Montesquieu y Rousseau a la cabeza. En esos inicios, el derecho administrativo era un derecho exclusivamente regulador de la propia acción de la Administración del Estado ante las personas, de sus poderes y de sus prerrogativas, y de los órganos públicos dispuestos para ejecutarlas. Fue el tiempo remoto de los antecedentes del derecho administrativo situados en el derecho de la organización desarrollado por Consejos o Cámaras reales (Camerarística), o de la actividad de control del Estado sobre las personas en ejercicio de poderes y prerrogativas, configurado como derecho de policía.

Fue después del surgimiento del Estado de derecho como modelo político desde comienzos del siglo XIX como consecuencia de los aportes de la Revolución Norteamericana (1776) y de la Revolución francesa (1789) al constitucionalismo moderno, y luego con el agregado de los efectos liberales de la Constitución de Cádiz de 1812 en Europa y de los movimientos independentistas de Hispanoamérica (1811),³ cuando puede decirse que el derecho administrativo comenzó a ser el derecho del Estado de derecho, caracterizado por el hecho político de que la soberanía efectivamente se trasladó del Monarca al pueblo, dando origen al desarrollo del principio de la representatividad democrática. En ese marco, el Estado se organizó conforme al principio de la separación de poderes, que permitió el control recíproco entre los diversos órganos del Estado, entre ellos, por parte el poder judicial, y montado además en la necesaria garantía de los derechos ciudadanos frente al propio Estado, que comenzaron a ser declarados constitucionalmente.

Fue en ese marco político cuando el derecho administrativo comenzó a ser un orden jurídico que además de regular a los órganos del Estado y su actividad, también comenzó a regular las relaciones jurídicas que en cierto plano igualitario se comenzaron a establecer entre el Estado y los ciudadanos, y que ya no solo estaban basadas en la antigua ecuación entre prerrogativa del Estado y sujeción de las personas a la autoridad, sino entre poder del Estado y derecho de los ciudadanos.

Ese cambio, incluso, se reflejó en el propio contenido de las Constituciones que en su origen, particularmente en Europa hasta la mitad del siglo pasado, no habían sido más que cuerpos normativos destinados a regular

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008.

solo la organización del Estado, sin que sus normas siquiera se aplicaran directamente a los ciudadanos ni tuvieran a éstos como sus destinatarios, y cuyo contenido se reducía a regular lo que históricamente se ha denominado su parte orgánica relativa a la organización y funcionamiento de los diversos poderes y órganos del Estado. El derecho administrativo en esa época, por tanto, en el marco de su constitucionalización, no era más que el derecho que regulaba a la Administración Pública, su organización en el ámbito del Poder Ejecutivo, sus poderes y prerrogativas, y su funcionamiento, habiéndose recogido en las Constituciones, en general, solo normas sobre la organización administrativa.

A medida que se fue imponiendo el modelo político del Estado de derecho, las Constituciones comenzaron a desarrollar, además de su parte orgánica, una parte dogmática relativa al régimen político democrático representativo y a los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, como consecuencia de lo cual, la acción de Estado y de la propia Administración comenzó a encontrar límites formales, que también comenzaron a ser recogidas en normas constitucionales destinadas a regular las relaciones que se establecen entre el Estado y los ciudadanos o las personas, en muchos casos precisamente con ocasión de la actividad de la Administración. Ello implicó la incorporación en los textos constitucionales de normas de derecho administrativo, incluyendo las que se refieren a los medios jurídicos dispuestos para asegurar el control de la Administración, tanto político, como fiscal y jurisdiccional; y las Constituciones, como norma, comenzaron a tener a los ciudadanos como sus destinatarios inmediatos.⁴

La consecuencia de todo ello fue que progresivamente, el derecho administrativo y sus principios terminaron encontrando su fuente jurídica primaria y más importante en la propia Constitución, en la cual ahora se encuentran regulaciones sobre la organización, funcionamiento y actividad de la Administración Pública como complejo orgánico integrada en los órganos del Poder Ejecutivo; sobre el ejercicio de la función administrativa, realizada aún por otros órganos del Estado distintos a la Administración; sobre las relaciones jurídicas que se establecen cotidianamente entre las personas jurídicas estatales cuyos órganos son los que expresan la voluntad de la Administración, y los administrados; sobre los fines públicos y colectivos que estas persiguen, situados por encima de los intereses particulares; sobre los poderes y prerrogativas de los cuales disponen para hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, y además, de los límites impuestos por normas

⁽⁴⁾ Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

garantizadoras de los derechos y garantías de los administrados, incluso frente a la propia Administración.

En el mundo contemporáneo, en consecuencia, ese derecho administrativo que se ha incrustado en la Constitución,⁵ es sin duda el propio de un derecho del Estado de derecho, y su desarrollo y efectividad debería estar condicionado por los valores democráticos que están a la base del mismo.

II

Lo anterior implica, que a diferencia de otras ramas del derecho, por su vinculación con el Estado y el régimen político, el derecho administrativo no puede considerarse como una rama políticamente neutra, y menos aún como un orden jurídico que haya adquirido esa relativa rigidez o estabilidad como el que podría encontrarse en otras ramas.

El derecho administrativo, aun conservando principios esenciales, inevitablemente tiene siempre un grado el dinamismo que lo hace estar en constante evolución, como consecuencia directa, precisamente, de la propia evolución del Estado, siempre necesitando adaptarse a los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad. Como desde hace años lo constataba Alejandro Nieto, “las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica,” y con ella, del derecho administrativo,⁶ de manera que éste, en definitiva, siempre “refleja los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado.”⁷ De allí aquella gráfica expresión de Prosper Weil en el sentido de que el derecho administrativo sufre permanentemente de una “crisis de crecimiento,”⁸ que en definitiva, nunca concluye, pues las transformaciones económicas y sociales del mundo no cesan, y con ellas las del Estado y del rol que cumple.

⁽⁵⁾ Sobre el proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia y en Venezuela, véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia” en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172, y en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 47-59; y “Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999” en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37.

⁽⁶⁾ Véase Alejandro Nieto “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1975; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983, pp. 880 y 881.

⁽⁷⁾ Véase Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57.

⁽⁸⁾ Véase Prosper Weil, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

Pero si nos atenemos solamente a la conformación del andamiaje constitucional del Estado en el mundo contemporáneo occidental, como Estado de derecho, hay una constante subyacente en el condicionamiento del derecho administrativo, que son los principios democráticos que ahora le son esenciales a mismo,⁹ como quedó plasmado en una aislada sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 2000, olvidada muy rápidamente, en la cual se afirmó que:

el derecho administrativo es ante y por sobre todo un derecho democrático y de la democracia, y su manifestación está íntimamente vinculada a la voluntad general (soberanía) de la cual emana.¹⁰

Ello debería ser así, y es cierto si nos quedamos solo en la denominación y definición formal del Estado que se inserta en las Constituciones, como por ejemplo sucede precisamente en Colombia y en Venezuela. En Colombia, el artículo 1º de la Constitución precisa que: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” Igualmente en Venezuela, el artículo 2 de la Constitución indica que: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

Mejores definiciones formales del Estado democrático en el texto de una Constitución, ciertamente es imposible encontrar como marco general del ordenamiento jurídico que debería ser aplicable al Estado, y que debería moldear el derecho administrativo. Sin embargo, ante esas definiciones, lo

⁽⁹⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del derecho administrativo como punto de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del Administrado,” en *Revista Mexicana “Statum Rei Romanae” de Derecho Administrativo*. Homenaje al profesor Jorge Fernández Ruiz, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2008, pp. 85-122; y “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 19 ss.

⁽¹⁰⁾ Véase la sentencia No. 1028 del 9 de mayo de 2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 214. Véase también, sentencia de la misma Sala de 5 de octubre de 2006, N° 2189 (Caso: *Seguros Altamira, C.A. vs. Ministro de Finanzas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 108, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p 100.

que corresponde es determinar si realmente, en los respectivos países, la práctica política del gobierno responde a esos principios, o si son simples enunciados floridos, y nada más, de un Estado nada democrático, como es el caso de Venezuela.

Es decir, ante los enunciados constitucionales que proclaman la democracia como régimen político, la tarea central es determinar cuán efectiva ha sido la vigencia real de estas normas y cómo ello ha permeado efectivamente en el derecho administrativo. Si nos atenemos a los enunciados, sin duda, el derecho administrativo de nuestros dos países debería ser ese derecho precisamente de un Estado democrático sometido al derecho, lo que implicaría la ineludible existencia de un pleno control judicial de la actividad administrativa, teniendo a su cargo la Administración, además de la misión general de gestionar el interés general y la satisfacción de las necesidades colectivas, la de garantizar el ejercicio de los derechos de los administrados, todo dentro de un marco legal general que asegure pluralismo e igualdad.

III

Pero lamentablemente, ello no es necesariamente así en la actualidad, particularmente en Venezuela, ni lo fue en general desde que la figura del Estado de derecho surgió en la historia, hace doscientos años; período durante el cual fue cuando precisamente se desarrolló nuestra disciplina, sin que sin embargo pueda afirmarse que por ausencia de un régimen democrático, el derecho administrativo como rama del derecho no haya existido.

Al contrario, por ejemplo, y para solo referirnos a un ejemplo que nos es muy cercano a los administrativistas latinoamericanos, allí está el ejemplo de desarrollo del derecho administrativo contemporáneo en España, que comenzó precisamente en ausencia de un régimen democrático, por el fenomenal impulso que le pudo dar el núcleo de profesores que se aglutinó en el viejo Instituto de Estudios Políticos que estaba inserto en la propia estructura del Estado autoritario, en torno a la *Revista de Administración Pública*, con Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, José Luis Villar Palasí y Jesús González Pérez, entre otros. Y ello ocurrió a finales de los años cincuenta del Siglo pasado, cuando España, lejos de la democracia, estaba en plena etapa del autoritarismo franquista, veinte años antes de la sanción de la Constitución de 1978. Fue incluso en aquella época cuando se dictaron las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y sobre Procedimientos Administrativos, que sin duda fueron, en el derecho positivo, la partida de nacimiento del

derecho administrativo español contemporáneo para buscar garantizar el sometimiento del Estado al derecho.

No había democracia, pero sin duda, sí había derecho administrativo, porque a pesar del autoritarismo, el régimen permitía la existencia de cierto equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos. Y para no irnos muy lejos, la raíz del derecho administrativo contemporáneo en Venezuela puede situarse en la rica jurisprudencia de la antigua Corte Federal que funcionó hasta 1961, contenida en múltiples sentencias que emanaron de dicho alto tribunal igualmente en la década de los cincuenta del siglo pasado, en plena dictadura militar que duró hasta 1958.¹¹ Tampoco había democracia, pero sin duda, en el marco de un régimen autoritario ya se estaban sentando las bases del derecho administrativo contemporáneo en Venezuela, como lo hemos conocido en las décadas pasadas, por la existencia al menos de principio, del antes mencionado equilibrio.

Pero por supuesto, en aquél entonces no se trataba de un derecho administrativo de un Estado democrático de derecho, sino de un Estado autoritario con alguna sujeción al derecho. Es decir, en otros términos más generales, porque ejemplos como los indicados los podemos encontrar en la historia de nuestra disciplina de todos nuestros países, puede decirse que el sometimiento del Estado al derecho, que fue lo que originó el derecho administrativo desde comienzos del siglo XIX, no siempre tuvo el estrecho vínculo con la democracia, como régimen político, como hoy lo consideramos.

IV

En realidad, el elemento esencial que caracteriza al derecho administrativo de un Estado democrático de derecho se encuentra cuando el derecho administrativo deja de ser un derecho exclusivamente del Estado, llamado a regular solo su organización, su funcionamiento, sus poderes y sus prerrogativas, y pasa a ser realmente un derecho administrativo encargado de garantizar el punto de equilibrio antes mencionado que en una sociedad democrática tiene que existir entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. En el marco de un régimen autoritario, ese equilibrio por esencia no existe, o es muy débil o maleable, y por ello es que en dicho régimen el derecho administrativo no es un derecho democrático, aun cuando pretenda someter el Estado al derecho.

⁽¹¹⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolanas*, Caracas 1964; y *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, ocho volúmenes, Caracas 1975-1979.

Como lo señaló la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en la misma olvidada sentencia No. 1028 de 9 de mayo de 2000...

El derecho administrativo se presenta dentro de un estado social de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia).¹²

Ello es precisamente lo que caracteriza al derecho administrativo en un orden democrático, que no es otra cosa que ser el instrumento para asegurar la sumisión del Estado al derecho pero con a la misión de garantizar el respeto a los derechos ciudadanos, en medio de una persistente lucha histórica por controlar el poder y contra las “inmunidades del poder,”¹³ que es lo que ha caracterizado el devenir de nuestra disciplina. Ese equilibrio entre el poder y el ciudadano, siempre latente, pero débil al inicio, efectivamente se comenzó consolidar bien entrado el Siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, cuando el derecho administrativo comenzó a ser un derecho regulador no solo del Estado, sino de los derechos ciudadanos en un marco democrático.

Con ello se consolidó la concepción del derecho administrativo de las sociedades democráticas como el instrumento por excelencia para, por una parte garantizar la eficiencia de la acción administrativa y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y por la otra, para asegurar la protección del administrado frente a la Administración; con lo cual se superó aquella caracterización del derecho administrativo que advertía hace años Fernando Garrido Fallo, cuando nos indicaba que se nos presentaba como “un hipócrita personaje de doble faz,” que encerraba una “oposición aparentemente irreductible” entre el conjunto de prerrogativas que posee y que “sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares”; y el conjunto de derechos y garantías de estos, que lo llevaban a regular lo que llamó “la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”¹⁴

Ese juego dialéctico entre esos dos puntos extremos contrapuestos: por una parte, los poderes y las prerrogativas administrativas de la Admi-

⁽¹²⁾ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 214.

⁽¹³⁾ Véase Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1983.

⁽¹⁴⁾ Véase Fernando Garrido Falla, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N^o 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 223.

nistración, y por la otra, los derechos y las garantías de los administrados, es lo que ha permitido, como lo apuntó Marcel Waline también hace unos buenos años, que por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia de la Administración, y por la otra, se evite la tiranía.¹⁵ La existencia o no del mencionado equilibrio, o la existencia de un acentuado desbalance o desequilibrio entre los dos extremos, es lo que resulta del modelo político en el cual se mueve y aplica el derecho administrativo. De allí, más democrático será el derecho administrativo solo si el equilibrio es acentuado; y menos democrático será si su regulación se limita solo a satisfacer los requerimientos del Estado, ignorando o despreciando el otro extremo, es decir, el de las garantías y derechos ciudadanos.

El reto del derecho administrativo, por tanto, está en lograr y asegurar el equilibrio mencionado para lo cual es necesario que el Estado esté configurado no solo como un Estado de derecho sino como un Estado democrático, lo cual solo es posible si el mismo asegura efectivamente el control del ejercicio del poder. Sin dicho control, el derecho administrativo no pasa de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, montado sobre un desequilibrio o desbalance, en el cual las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

V

Pero para que el equilibrio se logre y sea efectivo, es evidente que no bastan las declaraciones formales en las Constituciones, ni que el derecho administrativo se haya llegado a constitucionalizar efectivamente, como ha ocurrido por ejemplo en Colombia y Venezuela. Las Constituciones de nuestros dos países son ejemplos de dicho proceso, estando incluso imbuidas del mencionado postulado del equilibrio en la relación Administración-administrados, dando cabida a un conjunto de previsiones para asegurarlo, regulando la actuación de la Administración y protegiendo en paralelo los derechos e intereses de las personas, pero sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos.

En este campo se destaca, por ejemplo, la norma de la Constitución colombiana que regula la función administrativa, y que declara que la misma: “está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la

⁽¹⁵⁾ Véase Marcel Waline, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.

delegación y la desconcentración de funciones” (Art. 209); pero ello, a la vez, dentro del marco de una Constitución garantista de los individuos ante el Estado, que asegura, por ejemplo, la vigencia de la garantía del debido proceso no solo a las actuaciones judiciales sino también en los procedimientos administrativos (Art. 29), y erige el principio de la buena fe como principio fundamental a cuyos postulados deben ceñirse “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas,” debiendo siempre presumírsela “en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas” (art. 83). Ello, sin duda, apunta hacia la protección de los administrados frente a la Administración, presumiéndose el principio de la libertad antes que la regulación, lo que se refuerza con normas como la del artículo 84, que establece como principio que: “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”; lo que se complementa con el artículo 333, que al regular la actividad económica y la iniciativa privada como “libres, dentro de los límites del bien común”, agrega que “para su ejecución nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de ley.”

La Constitución de Venezuela, por su lado, también está imbuida del mismo postulado del equilibrio en la relación Administración administrado, destacándose la norma que al regular a la Administración Pública, declara que la misma “está al servicio de los ciudadanos, y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141); garantizándose igualmente a aquellos, el debido proceso, no solo en las actuaciones judiciales sino en los procedimientos administrativos (art. 49). Pero la Constitución venezolana va más allá, y establece las regulaciones fundamentales relativas a la actuación del Estado como gestor del interés general en relación con los particulares o administrados, y en particular, en su actuación administrativa; consitucionalizando todo el régimen fundamental del derecho administrativo. Así, por ejemplo, la Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular; e igualmente garantiza a los ciudadanos el acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los “límites aceptables dentro de una sociedad democrática” (Art. 143). La Constitución garantiza además, que los funcionarios públicos “están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”, incluso disponiendo que “su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política” (Art. 145).

VI

Pero es evidente que sea cual fuere la forma de redacción de la Constitución sobre la noción del Estado democrático de derecho y la extensión del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, ello no es suficiente para que el equilibrio entre el poder del Estado y los derechos ciudadanos sea efectivo.

Es en realidad la práctica política del gobierno la que pondrá de manifiesto si un Estado conformado constitucionalmente como un Estado de derecho, realmente se conduce como tal en su funcionamiento y actuación, y si el derecho administrativo aplicado al mismo obedece o no efectivamente a parámetros democráticos. Basta estudiar el caso venezolano para constatar que el “Estado democrático y social de derecho y de justicia” y descentralizado tal como lo definen los artículos 2 y 4 de la Constitución, en la práctica política del gobierno autoritario que se apoderó de la República desde 1999,¹⁶ no es tal, es decir, no es un Estado democrático, no es un Estado social, no es un Estado de derecho, no es un Estado de Justicia y no es un Estado descentralizado; y más bien es un Estado Totalitario que además de haber empobrecido aun más al país, no está realmente sometido al derecho, cuyas normas se ignoran y desprecian, o se mutan o amoldan a discreción por los gobernantes; todos los poderes están concentrados en el Ejecutivo, que han aniquilado a la democracia, han pervertido la participación y han concentrado todos los medios de comunicación; no está sometido a control judicial alguno, por la sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo; de todo lo cual se puede caracterizar más bien como un “Estado de la injusticia,” todo lo cual afecta tremendamente al derecho administrativo.

Y es que si algo es definitivo en esta perspectiva, es que el derecho administrativo no es, ni puede ser independiente de la actuación del gobierno, sea que del mismo resulte en un modelo político de Estado autoritario o de Estado democrático. Y para identificar dicho modelo por supuesto no podemos acudir a etiquetas o a definiciones constitucionales, sino a la práctica política del gobierno.

Un Estado autoritario será el resultado de la actuación de un gobierno autoritario, y en el mismo, lejos de haber un equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, lo que existe es más bien un marcado desequilibrio a favor del régimen de la Administración, con pocas posibilidades de garantía de los derechos de los particulares frente a su actividad.

⁽¹⁶⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government vs. The Rule of Law, Lectures and Essays (1999–2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

En cambio, el equilibrio antes mencionado solo tiene posibilidad de pleno desarrollo en Estados con gobiernos democráticos, donde la supremacía constitucional esté asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estrado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado judicialmente y por los otros medios dispuestos en la Constitución, y donde los derechos de los ciudadanos sean garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Nada de ello se encuentra en los Estados con un régimen de gobierno autoritario, así sus gobernantes hayan podido haber sido electos, y se arropan con el lenguaje a veces florido de los textos constitucionales.

VII

En todo caso, en el devenir del derecho administrativo y como resultado del movimiento pendular que entre los extremos de su regulación se ha producido por la existencia de gobiernos más o menos democráticos, ha sido precisamente el desarrollo y consolidación de la democracia como régimen político el que ha condicionado más al derecho administrativo contemporáneo, asegurándole un desarrollo extraordinario, como precisamente ocurrió en las últimas décadas en muchos de nuestros países; y que además de haberse manifestado en su constitucionalización, dio origen a nuevas disposiciones legislativas como por ejemplo las contenidas en las leyes de procedimiento administrativo, las cuales además de regular y formalizar la actividad administrativa, establecen expresamente el contrapeso de la garantía de los derechos ciudadanos.¹⁷

Esas leyes, en efecto, se dictaron no solo en interés de la Administración y del interés general que gestiona, sino además, en interés de los administrados, lo que incluso se declara en el propio texto de las propias leyes, como es el caso del Código Contencioso Administrativo de Colombia de 2011, en el cual se dispone que su finalidad es precisamente: “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares” (art. 1º); y en el caso de la reciente Ley sobre Procedimiento Administrativo de República Dominicana de 2012 que también comienza con su artículo 1º señalando que la misma “tiene por objeto regular los derechos y deberes de

⁽¹⁷⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.

las personas en sus relaciones con la Administración Pública, los principios que sirven de sustento a esas relaciones y las normas de procedimiento administrativo que rigen a la actividad administrativa.”

Mucho antes, incluso, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, también precisó que el procedimiento administrativo se debe desarrollar “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado”(art. 10,1 y 214,1); y en la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras se indicó que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa,” lo que también se expresa en la Ley de Procedimientos Administrativos del Perú (art. III).

De todas esas normas resulta que un elemento central de la finalidad del procedimiento administrativo es precisamente, además de asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración, garantizar la satisfacción y protección de los derechos de los particulares. En Venezuela esos mismos principios sin duda orientaron la regulación del procedimiento administrativo durante la época democrática en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982,¹⁸ pero sin embargo, la práctica autoritaria del gobierno los ha hecho ilusorios, llegando el gobierno incluso al absurdo, hace unos años, de proponer en la rechazada reforma constitucional de 2007, la eliminación formal del postulado constitucional de que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos” (art. 141).¹⁹

En todo caso, precisamente por la práctica política del gobierno autoritario, el régimen autoritario venezolano se ha dado el lujo de incluir a granel normas formalmente garantistas en leyes recientes, que en paralelo contienen el desprecio más absoluto a los derechos individuales. Basta hacer referencia, sobre esta contradicción, a los principios sobre el procedimiento administrativo formalmente incorporados en la legislación, pero en la práctica, totalmente olvidados por la Administración, y más si no se puede controlar la conducta de los funcionarios por la ausencia real de control judicial contencioso administrativo, dada la sujeción de los tribunales al poder.

En ese panorama, por ejemplo ¿de qué sirve que las leyes declaren principios, si no tienen efectividad ni puede controlarse su ejecución? Basta

⁽¹⁸⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas, 2002.

⁽¹⁹⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 31 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2007, pp. 50 ss.

un ejemplo, referido a una de las leyes que más ha atentado últimamente contra el derecho al ejercicio de la libertad económica y del trabajo, como es la Ley de Costos y Precios,²⁰ reguladora de una intervención extrema en la actividad económica, que asigna poderes draconianos a los funcionarios controladores, hasta permitirles decidir la intervención y clausura administrativa de establecimientos comerciales por sobrepasar un margen de ganancia arbitrariamente establecido; pero en la cual se declara que los procedimientos contemplados en la misma se rigen específicamente por los principios de *“publicidad, dirección e impulsión de oficio (oficialidad), primacía de la realidad (verdad material), libertad probatoria, lealtad y probidad procesal, notificación única”* (art. 49), a los que deben agregarse los principios declarados en la Constitución sobre la conducta general de la Administración que son los *“principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”* (art. 141); y en las leyes, como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que son los principios de *“celeridad, economía, sencillez, eficacia, e imparcialidad”* (art. 30); la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008, que son los principios de *“simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas”*; y la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, que son *“los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales”* (art. 10).

A nivel de principios formalmente declarados en la legislación, por tanto, podría concluirse que no habría en el derecho comparado un derecho administrativo más *“garantista y democrático”* que el venezolano; lo que sin embargo lo desmiente la realidad de la acción de la Administración, caracterizada por la ausencia de control de cualquier tipo, lo que la hace el reino de la arbitrariedad.

⁽²⁰⁾ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.715 del 18 de julio de 2011.

VIII

De todo lo anterior resulta evidente que cuando se habla de Estado democrático de derecho, y en el mismo, del derecho administrativo como derecho de la democracia, ésta tiene que existir real y efectivamente y no solo en el papel de las Constituciones y de las leyes, sino en la práctica de la acción del gobierno que origine un sistema político en el cual además de todos los derechos y garantías constitucionales generalmente conocidos (políticos, individuales, sociales, económicos, culturales, ambientales), se garantice efectivamente el derecho ciudadano a la Constitución y a su supremacía constitucional, es decir el derecho ciudadano a la propia democracia,²¹ y el derecho de poder ejercer el control sobre las actividades gubernamentales, que hasta cierto punto son tan políticos como los clásicos derechos al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, el derecho a la participación política.

Estos derechos que son nuevos solo en su enunciado, derivan de la comprensión cabal de lo que significa un régimen democrático, que solo es aquél donde concurren una serie de *elementos esenciales* que por lo demás derivan de la *Carta Democrática Interamericana* de 2001, y que son los derechos: 1) al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) al acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) al régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) a la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

No hay ni puede haber democracia si el ciudadano no tiene garantizado su derecho político a la efectividad de esos elementos esenciales, que es lo que permite en definitiva distinguir un Estado democrático de derecho de un Estado de régimen autoritario. En este, a pesar de todas sus etiquetas constitucionales, esos derechos o elementos esenciales no pueden ser garantizados, por la ausencia de controles al ejercicio del poder, aún cuando pueda tratarse de Estados en los cuales los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

Entre todos esos derechos políticos a la democracia, está por supuesto, el derecho a la separación de poderes, que implica el derecho a ejercer el control del poder. Ello además, es lo que permite que se puedan materializar otros derechos políticos del ciudadano en una sociedad democrática.

⁽²¹⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, "Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder", al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 19 ss.

tica, identificados en la misma Carta Democrática Interamericana como *componentes fundamentales* de la democracia, como son los derechos a: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).

IX

Entre esos derechos se destaca el derecho a la separación de poderes, materializado en el derecho al control del poder, que es el fundamento del propio derecho administrativo en una sociedad democrática, pues es precisamente el elemento fundamental para garantizar el necesario equilibrio mencionado entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos. En definitiva, solo controlando al Poder es que puede haber elecciones libres y justas; pluralismo político; efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno; rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes; efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta, por tanto, que solo cuando existe un sistema de control efectivo del poder es que puede haber democracia, y solo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los poderes Públicos, y solo en ese marco es que es posible el desarrollo de un derecho administrativo de base democrática.

Ese derecho a la separación e independencia de los Poderes Públicos, que es lo que puede permitir el control del poder estatal por el poder estatal mismo, como pilar fundamental en la organización del Estado democrático constitucional, por supuesto exige no solo que los Poderes del Estado tengan real independencia y autonomía, sino que la misma esté garantizada.

Para ello, de nuevo, no bastan las declaraciones constitucionales y ni siquiera la sola existencia de elecciones, siendo demasiadas las experiencias en el mundo contemporáneo de toda suerte de tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, dismantelar la democracia y desarrollar gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos

sus elementos,²² comenzando por el irrespeto a los derechos humanos. Situación que por lo demás ha sido la de Venezuela, donde se ha arraigado un gobierno autoritario partiendo de elementos que se insertaron en la misma Constitución de 1999.²³

En ella, en efecto, a pesar de establecerse una clara división del poder público en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, se dispuso el germen de la concentración del poder en manos de la Asamblea Nacional y, consecuentemente, del Poder Ejecutivo que la controla políticamente, con lo cual, progresivamente, los otros Poderes Públicos, y particularmente el Poder Judicial,²⁴ el Poder Ciudadano y el Poder Electoral²⁵ han quedado sometidos a la voluntad del Ejecutivo. Por ello en noviembre de 1999, aun antes que la Constitución se sometiera a referendo aprobatorio, advertí que si la Constitución se aprobaba, ello iba a implicar la implantación en Venezuela, de:

un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado.

⁽²²⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York, 2010.

⁽²³⁾ Véase los comentarios críticos a la semilla autoritaria en la Constitución de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre–30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público–Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 311–340; “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999,” en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171–193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero–marzo 2000, pp. 7–21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9–26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas, 2000, pp. 63–88.

⁽²⁴⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999–2004)”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33–174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999–2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25–57.

⁽²⁵⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero–abril 2005 pp. 11–73; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004, 172 pp.

En mi opinión — agregaba — esto no era lo que en 1999 se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar “en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil”.²⁶

La dependencia de todos los órganos de control respecto de la Asamblea Nacional, ha sido lo que originó la abstención total de los órganos de control de ejercer las potestades que le son atribuidas, y con ello, la práctica política de concentración total del poder en manos del Ejecutivo, dado el control político partidista que éste ejerce sobre la Asamblea Nacional, y por tanto la configuración de un modelo político autoritario. A consolidar ese sometimiento de todos los poderes al Ejecutivo, además, contribuyó la exacerbación del presidencialismo que la Constitución de 1999 impuso con la extensión del período presidencial a seis años; con la consagración de la reelección presidencial continua e indefinida en una Enmienda Constitucional aprobada en 2009,²⁷ y con la posibilidad de la delegación legislativa sin límites en manos del Ejecutivo, lo que efectivamente ha ocurrido en la práctica legislativa desde 2000, mediante sucesivas leyes habilitantes (Art. 203), de manera que toda la legislación básica del país durante los últimos quince años ha sido establecida por decretos leyes sin consulta popular alguna.

Ha sido todo este sistema de ausencia de autonomía y de independencia de los poderes del Estado respecto del Ejecutivo Nacional, lo que ha eliminado toda posibilidad real de asegurar un equilibrio entre el poder de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos, siendo difícil por tanto poder identificar a la Administración Pública como entidad al servicio de estos, los cuales lamentablemente ahora solo pueden entrar en relación con la misma en dos formas: por una parte, los que son privilegiados del poder, como consecuencia de la pertenencia política al régimen o a su partido único, con todas las prebendas y parcialidades de parte de los funcionarios; y por otra parte, los que como marginados del poder acuden a la Administración por necesidad ciudadana, a rogar las más elementales actuaciones públicas, como es por ejemplo solicitar autorizaciones, licencias, permisos o habilitaciones, las cuales no siempre son atendidas y más bien tratadas como si lo que se estuviera requiriendo

⁽²⁶⁾ Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 339.

⁽²⁷⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 2009), Caracas, 2009, pp. 205–211.

fueran favores y no derechos o el cumplimiento de obligaciones públicas. En ambas situaciones, lamentablemente, el equilibrio entre poderes del Estado y derechos ciudadanos de los administrados ha desaparecido, sin que existan elementos de control para restablecerlo: se privilegia y se margina, como producto de una discriminación política antes nunca vista, sin posibilidad alguna de control.

En ese marco, el derecho administrativo formalmente concebido para la democracia, en la práctica pasó a ser un instrumento más del autoritarismo.

X

Bajo otro ángulo, y también como parte del derecho ciudadano a la separación de poderes y como parte del derecho a la democracia, que es lo que puede dar origen a un derecho administrativo democrático, está en particular el derecho ciudadano a la independencia y autonomía de los jueces que tienen que estar garantizadas en cualquier Estado democrático de derecho; siendo el control judicial del poder la piedra angular del equilibrio mencionado que debe asegurar el derecho administrativo en un Estado democrático de derecho.

Y de nuevo, en este campo, para calibrar su existencia, no podemos atenernos a las etiquetas constitucionales: Por ejemplo, el principio de la independencia y autonomía del Poder Judicial está declarado en el artículo 254 de la Constitución venezolana de 1999, pero como letra muerta pues la base fundamental para asegurarlas está en las normas relativas al ingreso de los jueces a la carrera judicial y a su permanencia y estabilidad en los cargos, que no se cumplen y nunca se han cumplido en los tres lustros de vigencia del texto fundamental. Pero el que lea las normas constitucionales, sin embargo, se maravillará de encontrar que el artículo 255 de la Constitución, en cuanto a la carrera judicial, que dice que el ingreso a la misma y el ascenso de los jueces solo se puede hacer mediante concursos públicos de oposición que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes, debiendo además la ley garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces. Sin embargo, nunca, durante la vigencia de la Constitución, se han desarrollado esos concursos, en esa forma.

Pero además, en cuanto a la estabilidad de los jueces, dice la Constitución que los mismos solo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante juicios disciplinarios llevados a cabo por jueces disciplinarios (art. 255); pero tampoco en ese caso ello jamás se ha implementado,

y a partir de 1999,²⁸ más bien se regularizó, en una ilegítima transitoriedad constitucional, la existencia de una Comisión de Funcionamiento del Poder Judicial²⁹ creada *ad hoc* para “depurar” el poder judicial. Esa Comisión, durante más de diez años destituyó materialmente a casi todos los jueces del país, discrecionalmente y sin garantía alguna del debido proceso,³⁰ los cuales fueron reemplazados por jueces provisorios o temporales,³¹ por supuesto dependientes del poder y sin garantía alguna de estabilidad. Ello, por lo demás, ha continuado hasta el presente, demoliéndose sistemáticamente la autonomía judicial, sin que haya variado nada la creación en 2011 de unos tribunales de la llamada “Jurisdicción Disciplinaria Judicial” que quedó sujeta a la Asamblea Nacional, quien designa a los “jueces disciplinarios.”³²

Con todo ello, el derecho a la tutela judicial efectiva y al control judicial del poder del Estado ha quedado marginado, siendo imposible garantizar efectivamente equilibrio alguno entre el Estado y su Administración y los derechos de los ciudadanos-administrados; lo que se agrava con la confi-

⁽²⁸⁾ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas, 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

⁽²⁹⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999–2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122–138.

⁽³⁰⁾ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también lo registró en el Capítulo IV del *Informe* que rindió ante la Asamblea General de la OEA en 2006, que los “casos de destituciones, sustituciones y otro tipo de medidas que, en razón de la provisionalidad y los procesos de reforma, han generado dificultades para una plena vigencia de la independencia judicial en Venezuela” (párrafo 291); destacando aquellas “destituciones y sustituciones que son señaladas como represalias por la toma de decisiones contrarias al Gobierno” (párrafo 295 ss.); concluyendo que para 2005, según cifras oficiales, “el 18,30% de las juezas y jueces son titulares y 81,70% están en condiciones de provisionalidad” (párrafo 202).

⁽³¹⁾ En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela* 2003, cit. párr. 161

⁽³²⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una “jurisdicción disciplinaria judicial”), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas, 2012, pp. 9–103.

guración del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como un poder altamente politizado,³³ y lamentablemente sujeto a la voluntad del Presidente de la República, lo que en la práctica ha significado la eliminación de toda la autonomía del Poder Judicial.

Con todo esto, el Poder Judicial ha abandonado su función fundamental de servir de instrumento de control de las actividades de los otros órganos del Estado para asegurar su sometimiento a la ley, habiendo materialmente desaparecido el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva y al controlar del poder. En esa situación, por tanto, es difícil hablar siquiera de posibilidad alguna de equilibrio entre poderes y prerrogativas del Estado y derechos y garantías ciudadanas, lo que ha sido particularmente grave en el caso de los tribunales contencioso administrativos, precisamente por el hecho de que sus decisiones siempre implican enfrentar el poder, y particularmente, el Poder Ejecutivo. Si esta autonomía no está garantizada ni la independencia está blindada, el mejor sistema de justicia contencioso administrativa es letra muerta; y lamentablemente, esto es lo que también ha ocurrido en Venezuela en los últimos años durante el gobierno autoritario.

Ello ha afectado a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en los últimos quince años dejó de ser un efectivo sistema para el control de las actuaciones administrativas, lo que se evidenció abiertamente desde 2003 con la lamentable destitución *in limine* de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa con ocasión de un proceso contencioso administrativo de nulidad y amparo iniciado el 17 de julio de 2003 a solicitud de la Federación Médica Venezolana en contra los actos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, por la contratación indiscriminada de médicos extranjeros no licenciados para ejercer la medicina en el país; todo en violación de la Ley de Ejercicio de la Medicina, para atender el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas.

La Federación Médica Venezolana consideró que la actuación pública era discriminatoria y violatoria de los derechos de los médicos venezolanos (derecho al trabajo, entre otros) a ejercer su profesión médica, al permitir a médicos extranjeros ejercerla sin cumplir con las condiciones establecidas en la Ley. Por ello la federación intentó la acción de nulidad y amparo,

⁽³³⁾ Véase lo expresado por el magistrado Francisco Carrasqueño, en la apertura del año judicial en enero de 2008, al explicar que: "no es cierto que el ejercicio del poder político se limite al Legislativo, sino que tiene su continuación en los tribunales, en la misma medida que el Ejecutivo", dejando claro que la "aplicación del Derecho no es neutra y menos aun la actividad de los magistrados, porque según se dice en la doctrina, deben ser reflejo de la política, sin vulnerar la independencia de la actividad judicial". V. en *El Universal*, Caracas, 29-01-2008.

en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos, solicitando su protección.³⁴ Un mes después, el 21 de agosto de 2003, la Corte Primera dictó una medida cautelar de amparo considerando que había suficientes elementos en el caso que hacían presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, y ordenando al Colegio de Médicos del Distrito metropolitano sustituir los médicos cubanos ya contratados sin licencia por médicos venezolanos o médicos extranjeros con licencia para ejercer la profesión en Venezuela.³⁵

La respuesta gubernamental a esta decisión preliminar de carácter cautelar, que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, fue el anuncio público del Ministro de Salud, del Alcalde metropolitano y del propio Presidente de la República en el sentido de que la medida cautelar dictada no iba a ser acatada en forma alguna;³⁶ anuncios que fueron seguidos de varias decisiones gubernamentales:

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, controlada por el Ejecutivo, adoptó la decisión de avocarse al caso decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y usurpando competencias en la materia, declaró la nulidad del amparo cautelar decidido por esta. A ello siguió que un grupo de agentes de la policía política (DISIP) allanó la sede de la Corte Primera, después de detener a un escribiente o alguacil de la misma por motivos fútiles; el Presidente de la República, entre otras expresiones usadas, se refirió al Presidente de la Corte Primera como “un bandido;”³⁷ y unas semanas después, la Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin fundamento legal alguno, destituyó a los cinco magistrados de la Corte Primera, la cual fue intervenida.³⁸ A pesar de la protesta de los Colegios de Abogados del país e incluso de la Comisión Internacional de Juristas,³⁹ el hecho es que la Corte Primera

⁽³⁴⁾ Véase Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

⁽³⁵⁾ Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 445 ss.

⁽³⁶⁾ El Presidente de la República dijo: “Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...”, en el programa de TV *Aló Presidente*, n° 161, 24 de Agosto de 2003.

⁽³⁷⁾ Discurso público, 20 septiembre de 2003.

⁽³⁸⁾ Véase la información en *El Nacional*, Caracas, Noviembre 5, 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: “La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado”.

⁽³⁹⁾ Véase en *El Nacional*, Caracas, Octubre 12, 2003, p. A–5; y *El Nacional*, Caracas, Noviembre 18, 2004, p. A–6.

permaneció cerrada sin jueces por más de diez meses,⁴⁰ tiempo durante el cual simplemente no hubo justicia contencioso administrativa en el país.

Esa fue la respuesta gubernamental a un amparo cautelar dictado por el juez contencioso administrativo competente respecto de un programa gubernamental sensible; respuesta que fue dada y ejecutada a través de órganos judiciales controlados políticamente. Ello, por supuesto, lamentablemente significó no solo que los jueces que fueron luego nombrados para reemplazar a los destituidos comenzaron a entender cómo debían comportarse en el futuro frente al poder; sino que condujo a la abstención progresiva de todo control contencioso administrativa de las acciones gubernamentales. La Jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, de raigambre y jerarquía constitucional, simplemente hoy no existe en la práctica.

Y para que quedara claro, la demanda que intentaron los jueces contencioso administrativo destituidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a sus garantías constitucionales judiciales, a pesar de que fue decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 2008, condenando al Estado,⁴¹ de nada sirvió sino para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,⁴² citando como precedente una sentencia del Tribunal Superior Militar del Perú de 2002, declarara la sentencia del tribunal internacional como “inejecutable” en Venezuela, solicitando al Ejecutivo que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos que supuestamente había usurpado los poderes del Tribunal Supremo, lo que el Ejecutivo cumplió cabalmente en 2011.

Este caso emblemático, por supuesto, contrasta con las previsiones de la Constitución de 1999, en la cual se encuentra una de las declaraciones de derechos más completas de América Latina, y sobre su protección por medio de la acción de amparo, así como previsiones expresas sobre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa difícilmente contenidas con tanto detalle en otros textos constitucionales.⁴³

⁽⁴⁰⁾ Véase en *El Nacional*, Caracas, Octubre 24, 2003, p. A-2; y *El Nacional*, Caracas, Julio 16, 2004, p. A-6.

⁽⁴¹⁾ Véase sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr.

⁽⁴²⁾ Véase sentencia de la Sala Constitucional, sentencia No 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

⁽⁴³⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la justicia constitucional y la justicia contencioso administrativo. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos (1976–2011),” en *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales* (Directores Allan R. Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández Mendible),

Ello, por otra parte, lo que muestra es que para que exista control de la actuación del Estado no bastan declaraciones formales en la Constitución, sino que es indispensable que el Poder Judicial sea autónomo e independiente, y esté fuera del alcance del Poder Ejecutivo. Al contrario, cuando el Poder Judicial está controlado por el Poder Ejecutivo, como lo muestra el caso citado, las declaraciones constitucionales de derechos se convierten en letra muerta, y el derecho administrativo no puede servir para garantizar ningún equilibrio entre poderes del Estado y derechos ciudadanos, convirtiéndose solo en un instrumento más del autoritarismo.

XI

De todo lo anterior resulta, por tanto, que para que exista democracia como régimen político en un Estado constitucional y democrático de derecho, y para que exista un derecho administrativo que garantice el equilibrio entre el poder del Estado y los derechos ciudadanos, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que por ejemplo, como es el caso en Venezuela, hablen y regulen el derecho al sufragio y la participación política; la división o separación horizontal del Poder Público, y su distribución vertical o territorial del poder público, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente; así como tampoco bastan las declaraciones que se refieran a la posibilidad de los ciudadanos de controlar el poder del Estado, mediante elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana; mediante un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático; mediante la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que movilice la opinión pública; o mediante el ejercicio de recursos judiciales ante jueces independientes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho. Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre la “democracia participativa y protagónica” o la descentralización del Estado; así como tampoco la declaración extensa de derechos humanos. Tampoco es suficiente que se haya producido un completo proceso de constitucionalización del derecho administrativo, insertando en la Constitución todos sus principios más esenciales.

Además de todas esas declaraciones, es necesaria que haya un gobierno democrático y que la práctica política democrática asegure efectivamente la posibilidad de controlar el poder, como única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, y el ejercicio real de los derechos humanos;

Colección Estudios Jurídicos N° 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 19-74.

y que el derecho administrativo pueda consolidarse como un régimen jurídico de la Administración que disponga el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados.

Lamentablemente, en Venezuela, después de las cuatro décadas de práctica democrática que vivió el país entre 1959 y 1999, durante estos últimos tres lustros, a partir de 1999 hasta la fecha, en fraude continuo a la Constitución efectuado por el Legislador y por el Tribunal Supremo de Justicia, guiados por el Poder Ejecutivo, a pesar de las excelentes normas constitucionales que están insertas en el Texto fundamental derivadas del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, se ha venido estructurando un Estado autoritario en contra de las mismas, que ha aniquilado toda posibilidad real de control del ejercicio del poder y, en definitiva, el derecho mismo de los ciudadanos a la democracia.

Y con ello, toda posibilidad de que el derecho administrativo sea ese derecho que asegure el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos que el Estado democrático de derecho exige convirtiéndose en un derecho administrativo al servicio exclusivo de la Administración y de los funcionarios, donde no hay campo para reclamo o control, sino solo para el acatamiento sin discusión.

En ese marco, por tanto, de nada vale el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, que en la práctica es letra muerta, todo lo cual nos evidencia precisamente la importancia del modelo político en la conformación de nuestra disciplina.

Bogotá, 3 de septiembre de 2014

EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. HOMENAJE A HÉCTOR FIX ZAMUDIO

Marcelo Figueiredo *

La pretendida voluntad que exhiben algunos para salvar a la humanidad es casi siempre solo la máscara que usan para esconder la voluntad que tienen por gobernarla.
H. L. Mencken

Quiero comenzar agradeciendo sinceramente a los ilustres profesores Diego Valadés y Héctor Fix-Fierro, la honrosa invitación que me han traído hasta aquí para participar en este justísimo homenaje a nuestro querido profesor Héctor-Fix- Zamudio.¹

Enhorabuena a la Universidad Nacional Autónoma de México, al Instituto de Investigaciones Jurídicas y al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional por promover este importante seminario internacional sobre el *Constitucionalismo Contemporáneo*.

Como me han solicitado que haga una exposición muy breve, para dar oportunidad de participar a otros colegas, intentaré lanzar algunas ideas rápidas para reflexión de todos los presentes sobre el *constituciona-*

(*) Profesor Asociado de Derecho Constitucional de los Cursos de Graduación y Posgrado de la Facultad de Derecho de la "Pontificia Universidade Católica de São Paulo", Brasil. Decano de su Facultad de Derecho (2013–2005). Presidente (reelecto) de la "Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas–ABCD", sección brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con sede en México. Vice-Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional–IACL–AIDC. Presidente de la Comisión de Derecho Constitucional de la Orden de los Abogados de Brasil – Sección de São Paulo y miembro de idéntica Comisión en el Consejo Federal de los Abogados de Brasil.

⁽¹⁾ En celebración de sus noventa años.

lismo contemporáneo, sobre todo en nuestra América Latina o como prefieren algunos, nuestra Iberoamérica.

En la propia invitación los organizadores manifiestan que la sesión del seminario se desarrollará mediante intervenciones breves² en las que los participantes aborden el aspecto del constitucionalismo contemporáneo que deseen analizar, como problemas relevantes, soluciones posibles o ya en curso, tendencias recientes, tendencias previsibles, etc.

He realizado una investigación sobre el *constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas* en trabajos científicos, sobre todo los de corte más jurídico que político, aquellos que considero los más importantes sobre el tema³ en los últimos cinco años. En estos trabajos he constatado la existencia de los siguientes tópicos presentes en casi todos ellos.

Llego a los siguientes ponderaciones a partir de la lectura de esos primorosos trabajos:

1. La democracia como proceso político, económico y social es un concepto relativamente reciente (nuevo) en Latinoamérica si consideramos los estándares y la historia del viejo continente europeo⁴

Es decir, la deseable conexión entre el constitucionalismo y el desarrollo en sentido amplio, en una sociedad abierta, igualitaria y con niveles aceptables de bienestar es algo todavía en construcción, no obstante se notan algunos avances innegables en las últimas décadas, sobre todo en términos de estabilidad política y electoral.⁵

⁽²⁾ Lo que no significa que no podamos después más informalmente continuar nuestras reflexiones en otros espacios o *work-shops*.

⁽³⁾ Así en orden cronológico: "Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas, de Domingo García Belaunde; "Problemas, Novedades y Desafíos del Constitucionalismo Iberoamericano" de Marcelo Figueiredo, "Situación actual y Perspectivas del constitucionalismo latinoamericano" de Antonio María Hernández, "Avances, Riesgos y Desafíos del constitucionalismo Latinoamericano", de José Antonio Rivera S, "Problemas, Novedades y Desafíos del Constitucionalismo Latinoamericano", de José Ma. Serna de la Garza; (todos sacados de la publicación del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo", Tucumán, Setiembre de 2013; "Tendencias actuales del Constitucionalismo Latinoamericano" de Jorge Carpizo, (Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, septiembre de 2009), entre otros.

⁽⁴⁾ Siempre vivimos marchas y contra-marchas cuando el asunto es libertad y democracia. Ondas de liberalización y de centralización, sea en el aspecto político sea en el aspecto económico y social. Recuérdesse tan solo que al final de la década de 1990, no fue tan promisorio. Perú pasó la mayor parte de la década de 1990 bajo la mano de hierro de Alberto Fujimori. Venezuela sucumbió a las zalamerías del autoritario Hugo Chávez. Ecuador soportó un golpe militar. El sistema económico y político de Argentina entró en completo colapso en 2001 e 2002 y parece que lo mismo sucede en 2014.

⁽⁵⁾ A excepción de algunos Estados, se puede decir que en nuestra región, desde el fin de los regímenes militares y de las dictaduras, en el comienzo de los años 80, hay cierta estabilidad política, con elecciones libres y periódicas y una paulatina mayor participación popular. El proceso de democratización también conocido como "*tercera ola*" es innegable. Algunas reformas

Aun en el aspecto político en sentido más panorámico, debemos recordar como un retroceso la posibilidad de *reelección presidencial* en algunos de nuestros países, y como aspecto positivo el inicio de la internacionalización de los derechos humanos en nuestras constituciones.⁶

Así, en grandes líneas podemos decir que todavía necesitamos consolidar, fortalecer los ladrillos de nuestro edificio democrático para que, como en la fábula infantil “Los tres cerditos” al primer soplo más fuerte del lobo no se venga la casa abajo, incluso porque nuestros ladrillos no están hechos de un material tan rígido como las construcciones más sólidas. Los años de 1900 a 2000 de los 19 países de Latinoamérica se han clasificado de acuerdo con el siguiente esquema:

- democracia electoral = elecciones libres y justas de ámbito nacional;
- semidemocracia electoral = elecciones libres pero no justas o elecciones que no constituyen la base del poder político;
- republicanismo oligárquico (u oligarquía competitiva) = elecciones justas pero no libres, limitadas a las elites dominantes y restringidas a menos de la mitad de la población adulta masculina, y
- otros = no democracia.⁷

Es cierto, sí, que en nuestra región hubo un progreso innegable en dirección a la democratización de nuestros países, haciéndolos más transparentes, más fiscalizados por instituciones confiables e independientes, pero todavía tenemos mucho trabajo por delante.

También es cierto que la *democracia* hoy es un concepto desgastado.⁸

constitucionales trajeron el fortalecimiento del Poder Judicial y de la jurisdicción constitucional, del Ministerio Público y de instituciones de control republicano, e incluso, en algunos casos, mayor participación ciudadana con iniciativas populares, *recall*, plebiscito y referendo. Por supuesto que no todo son flores. Continuamos teniendo regímenes populistas, autoritarios y algunos retrocesos en Estados que apenas por su apariencia pueden ser llamados “democráticos”. Son autocracias populistas donde las oposiciones no tienen condiciones de llegar al poder, las minorías son masacradas, la prensa no es libre, el Poder Judicial es cooptado y temeroso, y el legislativo comprado, o vendido. No hay libertad o pluralismo en la prensa y diariamente se ven cancelados y violados los derechos de los individuos en un régimen de terror que mucho se aproxima a los peores tiempos del régimen soviético centralizado y corrupto.

⁶ Vide “Constitución y democracia” de Diego Valadés, UNAM, México, 2002.

⁷ Según Peter H. Smith, “La democracia en América Latina”, Universidad de Alcalá, IELAT, Marcial Pons, 2009, página 303.

⁸ Según Wendy Brown, habría ocurrido un vaciado del contenido de la democracia, pues incluso ante el entusiasmo que se le dispensa actualmente, lo que paradójicamente se observa sería justamente una progresiva erosión de su sustancia. Este proceso de “desdemocratización” (dé-démocratisation) devendría de varias causas, entre las que se destacarían, especialmente, las siguientes: I. fusión del poder de grandes grupos económicos con el poder estatal; II. la desvirtualización de las elecciones “libres” en función de sofisticadas campañas de marketing que transformarían a los actores políticos y sus programas en simples bienes de consumo; III. la adopción del neoliberalismo como expresión de la racionalidad política de modo que se desvíen

No todos los países han pasado por la prueba de *rotaciones en el poder* de que habla Samuel P. Huntington. Según este criterio, una democracia puede considerarse consolidada si el partido o grupo que asume el poder en el momento de la transición pierde unas elecciones posteriores y entrega el poder a quien las han ganado, y si esos ganadores de las elecciones siguientes.

De 1978 a 2003, solo siete de los 19 países cumplían la prueba, incluidas Colombia y Costa Rica, ambas democracias electorales antiguas, y Brasil y Uruguay, ambas salidas de largos periodos de gobierno burocrático-autoritario.

Tres países, Argentina el más significativo de ellos, habían experimentado una única rotación efectiva.⁹ En todos los demás no había habido ninguna. En este grupo se incluían Haití y Venezuela, ambos clasificados como semidemocracias a finales de siglo; México, que no se convirtió en democracia electoral hasta 2000 (aunque la victoria de Fox sobre el PRI podría contar como una rotación para el régimen semidemocrático del país); algunas democracias centroamericanas recién establecidas; Chile, considerada ampliamente al parangón de la política pluralista, donde la Concertación ha ganado todas las elecciones presidenciales desde la restauración de la democracia en 1989. Según la prueba de las dos rotaciones, la democracia latinoamericana está lejos de la consolidación.¹⁰

Un reto formidable para la democracia en los países de nuestra región es su indiferencia, cuando no el desprecio, por el Estado de Derecho,¹¹ el

los principios de la democracia liberal en dirección a los criterios de mercado, de relaciones de beneficio-coste, de eficacia y de rentabilidad; IV. la expansión del poder y del dominio de acción de los tribunales nacionales e internacionales, con la consecuente usurpación de las competencias, que en la democracia política clásica correspondían al legislativo; V. la erosión de la soberanía nacional en virtud del proceso de globalización económica, con la consiguiente pérdida de su forma política tradicional (gobierno del pueblo) y de su pretensión de encarar a la soberanía popular; VI. la creciente imposición de una política aseguradora que, bajo el pretexto de reprimir prácticas terroristas, atentan contra los principios liberales a partir de prácticas nada democráticas, tales como rotulación racial, restricciones a la libertad de locomoción y de información y suspensión de garantías constitucionales. (Wendy Brown, *Nous sommes tous démocrates à présent*). In *Agamben, G, et Al. Démocratie, dans quel état?* Paris, La Fabrique, 2009, página 61 y siguientes.

⁽⁹⁾ Con razón Marlon Mallock Brown, administrador del PNUD, cuando en la presentación de su Informe (prefacio) de Desarrollo Humano 2002, afirmó: "Además, en los países en que se reconoce el principio de que quien gobierna es la mayoría salida de las urnas de voto, es a costa de los derechos de la minoría que ello sucede: demasiadas veces, la ausencia de una cultura democrática significa que quien pierde las elecciones o es perseguido por los vencedores o se niega a reconocer la legitimidad de los resultados electorales. Las democracias exigen no solo gobiernos legítimos sino también oposiciones legítimas".

⁽¹⁰⁾ Peter H. Smith, "La Democracia en América Latina", Universidad de Alcalá, IELAT, 2009, página 294.

⁽¹¹⁾ Recuerdo a Norberto Bobbio: "Desde este punto de vista se puede hablar de Estado de Derecho en sentido fuerte para distinguirlo del Estado de Derecho en sentido débil, que es el Estado no-despótico, o sea, dirigido no por los hombres, sino por las leyes, y del Estado de Derecho

problema de la corrupción que todo corroe y contamina.¹²

Realmente, circunscribir la calidad de la democracia a las cuestiones exclusivamente ligadas al régimen político supone un análisis parcial y limitado, que no considera aspectos claves como la corrupción, la arbitrariedad de los gobiernos en la toma de decisiones políticas o la impunidad de los agentes públicos y privados con respecto al Poder Público.¹³

En Brasil acaba de ser divulgado un informe de la Justicia Electoral. Cuatro de cada diez candidatos a gobernador en todo el país son blanco de procesos en la Justicia o en Tribunales de Cuentas.

En total, 63 participantes de las contiendas electorales en los Estados responden por 327 incidentes, siendo que 46 ya fueron condenados, diez de ellos en Tribunales de Justicia, por *improbidad administrativa* y otras irregularidades.

De todos los procesados, más de la mitad responde ante la Justicia por irregularidades relacionadas con el ejercicio de función pública. Son 249 los procesos que se encuadran en esa caracterización, de los cuales 170 son por improbidad o daño al erario público.¹⁴

2. No hay constitucionalismo verdadero sin democracia política, económica y social

Como todos sabemos, nuestra América Latina ha soportado importantes contratiempos económicos y sucesivas crisis. La devastación económica tuvo también repercusiones políticas, como es natural.

El crecimiento económico en América Latina ha sido muy desigual. También sabemos que las dictaduras reprimen a los trabajadores, los explotan y los usan despreocupadamente. Las democracias, por otro lado, permiten al menos a los trabajadores luchar por sus intereses, los pagan mejor y los contratan mejor.

La democracia promueve el bienestar social, o eso es lo que suele asumirse. Las autoridades encuentran incentivos para mejorar las condiciones de vida de sus votantes, con lo que se granjean la gratitud pública y se mejoran las perspectivas de reelección (aunque condenemos esta posibilidad en general).

Los demócratas defienden programas de educación, sanidad pública y desarrollo social. Las dictaduras y los dictadores no dependen de la

en sentido debilísimo, tal como el Estado kelseniano, según el cual, una vez resuelto el Estado en su ordenamiento jurídico, todo Estado es Estado de Derecho (y la propia noción del Estado de derecho pierde toda la fuerza calificadora)". *Liberalismo e Democracia*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1988, página 19.

⁽¹²⁾ Para mayores profundizaciones, vide Jorge Carpizo, "Tendencias Actuales del Constitucionalismo Latinoamericano", Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima 16-19 de septiembre de 2009, Tomo I, UNAM, IDEMSA, APDC, PUC del Perú, páginas 53 y siguientes.

⁽¹³⁾ Sobre el tema vide el estudio de Mikel Barreda, "La calidad de la democracia: Un análisis comparado de América Latina", www.scielo.org.mx, Revista Política y Gobierno, 2011.

⁽¹⁴⁾ Segundo el sitio de transparencia brasil: <http://www.transparencia.org.br/>.

aprobación de los votantes y por consiguiente tienen pocas razones para invertir en asistencia social.

Uno de los retos de mayor calado para los gobiernos latinoamericanos ha sido la persistencia de la pobreza.¹⁵ Como condición humana es degradante, deshumanizadora y desmoralizante, sobre todo cuando pasa de una generación a otra, de unos padres angustiados a unos hijos sufrientes.

El régimen electoral, o cualquier otra variable política, solo tienen repercusión marginal en la incidencia de la pobreza y la indigencia. El factor más importante sería la expansión económica: es cierto que cuando las economías crecen, la pobreza disminuye;¹⁶ la marea alta levanta todas las barcas.¹⁷

La desigualdad ha fomentado complejos debates políticos en América Latina. Los logros en igualdad social, definidos como una distribución razonable y justa de la renta o de la riqueza, quizá aún dependan más de factores económicos más que políticos, pero la meta de alcanzar más y mejores índices de justicia social sigue siendo un desafío.

Así la conclusión realista es que nuestro constitucionalismo necesita perfeccionamientos políticos, económicos y sociales.

3. El populismo, el clientelismo político, o autoritarismo, la persistencia del hiperpresidencialismo siguen como problemas centrales

A ese respecto basta citar algunos nombres conocidos para que no sea necesario agregar ningún otro argumento.

Fidel Castro, Getúlio Vargas, Bordaberry, Collor de Mello, Hugo Chávez, Rafael Caldera, Maduro, Morales, Correa, Menem y Cristina Kirchner¹⁸ en

⁽¹⁵⁾ De acuerdo con el Informe 2013 de la corporación Latinobarómetro, “La década de América Latina anunciada en 2010 se confirma con los datos 2013. América Latina vive un momento de disminución de la pobreza, aumento de la educación, aumento del crecimiento económico, que ha proporcionado el mayor nivel de satisfacción de vida desde 1995. La precariedad, la pobreza, la desigualdad, la discriminación, siguen siendo, sin embargo, el Talón de Aquiles de la región, que de alguna manera le impide pasar al siguiente escalón. La democracia se ve retenida por la desigualdad en el acceso a bienes políticos y también bienes económicos. En total un 68% de la región se ubica en la clase baja, un 30% en la clase media que va en aumento y un 2% en la clase alta. Ese 68% de clase baja tiene la mitad de sus integrantes en situación precaria, a algunos no les alcanza para comprar alimento. Tenemos con ello dos Latinoamérica, la que disfruta de los beneficios de crecimiento y la que mira como disfrutaban los otros. Veremos más y más las protestas como manifestación de una ciudadanía consciente de las deficiencias del sistema económico, político y social. Hay demanda por más democracia” (banco de datos en línea, www.latinbarometro.org).

⁽¹⁶⁾ Brasil ha disminuido la pobreza como muestra un estudio del Banco Mundial. De 1999 a 2011, hubo una significativa disminución de la parcela de la población que vive en estado de pobreza. Antes, el 35% de los brasileños era pobre. Ahora, el 17%, dice López-Calva, quien escribe el mencionado estudio. Para él es preciso mejorar la calidad de la educación como forma de estabilizar los avances en disminución de la pobreza.

⁽¹⁷⁾ “Por qué las Naciones Fracasas: Los orígenes del poder, de la prosperidad y de la pobreza” de Daron Acemoglu y James Robinson, Ed. Elsevier, São Paulo, 2013.

⁽¹⁸⁾ Cada uno a su manera, evidentemente.

Latinoamérica, o Robert Mugabe de Zimbábue, o Kim Jong Il (Corea del Norte), o Bashar Al-Assad, en Siria, son nombres de nuestra historia reciente y contemporánea que revelan el tipo de régimen político totalitario que gobiernan, donde el pueblo está oprimido y *el pluralismo democrático no existe*.

Todavía sufrimos este mal con diferentes matices y coloraciones en nuestra región.

Con toda razón dice Domingo García Belaunde:¹⁹

Estos cuatro países son los que, más o menos, impulsan un nuevo tipo de régimen político, en donde las constituciones son solo un pretexto para quedarse en el poder, si bien es cierto que no se ha llegado a las dictaduras de los años treinta. Se ha cambiado de signo y ahora los autoritarismos se hacen bajo una fachada democrática —apoyo del pueblo— y bajo la forma de una Constitución. Es tiempo, pues de decir que existe entre nuestros países una nueva vertiente de fraude a la Constitución, que merece un análisis detenido por parte de los estudiosos.

La tendencia histórica al “hiperpresidencialismo” centraliza todo el poder en muchos países de nuestra región. Es conocida la posibilidad de que nuestros gobernantes —Presidentes de la República— dicten medidas provisionales, decretos-leyes y legislación de urgencia contando con la teoría del hecho consumado y con la anestesia y omisión (si no compra) del poder legislativo y del Parlamento.

La estructura partidaria y social necesita profundas reformas que permitan que el engranaje de la sociedad civil y sus canales estén menos obstruidos y más engrasados en una sociedad tecnológica e informacional como la que vivimos en el siglo XXI.

Las burocracias partidarias, el sistema electoral y la democracia representativa se deben temperar con mecanismos de participación directa, así como con consultas públicas, participación amplia de los diferentes sectores sociales, tercer sector, etc.

No podemos concentrarnos apenas en los instrumentos clásicos de la democracia participativa pensados en los siglos XVIII en adelante.

Es preciso movilizar a la juventud y la ciudadanía para la importancia del debate público, concientizando a todos sobre la necesidad de un mayor comprometimiento público, y no necesariamente partidario, sino político.

Precisamos asimismo conocer, divulgar y utilizar, en programas de educación, los recursos tecnológicos e informáticos disponibles para toda la población de nuestra región.

No hay ninguna duda de que la tecnología y la informática pueden y deben estar al alcance de cada vez más personas, ofreciéndoles datos y

⁽¹⁹⁾ “Los vaivenes”, Ob. Cit, página 29.

conocimientos, en suma, un instrumento útil y eficaz de participación y toma de decisiones.

4. La necesidad de consolidar el respeto a los derechos civiles, políticos, económicos y sociales

Creo que ya estará absolutamente asentado en la consciencia jurídica y ética mundial que una sociedad *que no toma en serio sus derechos*, los derechos de sus ciudadanos e individuos no puede ser llamada de un Estado (Democrático) de Derecho.

Así, tener derechos constitucionales y derechos humanos (o fundamentales) es algo trascendente. Significa evidentemente no solo tener derechos contemplados en una Constitución (escrita, rígida o consuetudinaria) sino que, mucho más que eso, respetarlos, acatarlos, promoverlos, hacer valer sus valores y reglas constitucionales.

En este aspecto también tenemos déficits importantes, no obstante algunos innegables avances sociales.

Recuérdese que la doctrina siempre ha trazado una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles, o derechos de autonomía, o derechos-libertades, que consideraban plenos y los derechos sociales, a que se asignaba un mero valor simbólico o político, pero con poca eficacia y aplicabilidad concretas.

Sabemos que parte de la doctrina constitucional que aboga contra la exigibilidad de los derechos sociales (a contramano de la internacionalización de los derechos y de la clasificación más contemporánea de derechos humanos que ya los ve a todos como una *unidad*), incluso cuando tengan reconocimiento constitucional, dice que, como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende del volumen de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o de hacer.

No vamos a entrar en esta discusión en este momento porque está fuera de nuestros propósitos.²⁰

Basta decir que en los Estados totalitarios o en las democracias débiles por decirlo así —y tenemos varios Estados en esta situación en nuestro continente— incluso los llamados derechos de primera generación no son respetados.

Es común aún hoy oír quejas sobre violaciones a las libertades de expresión, las libertades de manifestación y de prensa.

Con razón la Sociedad Interamericana de Prensa en su última reunión en 2013, por casualidad en México (en Puebla) dejó documentado lo siguiente:

⁽²⁰⁾ Para profundizaciones consulte, entre otros, a Roberto Gargarella (coordinador), "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional", Tomo II, Derechos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, especialmente página 965 y siguientes.

La libertad de prensa en las Américas sigue jaqueada por gobiernos autoritarios e intolerantes que multiplican y reinventan su acoso al periodismo, así como por una violencia que parece no encontrar límites.

Un nuevo y formidable ataque agrava aun más la deteriorada situación que se vive en materia de libertad de expresión: las presiones de los gobiernos para que empresas privadas retiren sus avisos en los medios independientes de comunicación.

Hoy, en la Argentina, como ocurriera en el Perú de Alberto Fujimori, importantes avisadores retiraron por completo sus anuncios luego de que el gobierno así se los ordenara y ante el temor de sufrir represalias tributarias o de otro orden. El periodismo crítico, discriminado por el gobierno pues no recibe publicidad oficial, se enfrenta a la encrucijada de ya no poder subsistir. La SIP considera imprescindible hacer un llamado a los gobiernos que no solo declaman sino que practican las más elementales normas de una democracia republicana —libertad de expresión, división de poderes, independencia de la justicia, garantías individuales de los ciudadanos y alternancia de los partidos en el poder— sobre los peligros que entraña un mismo *modus operandi* de prácticas antidemocráticas que no respeta fronteras ideológicas en el hemisferio occidental, pero que se desarrolla especialmente en Argentina, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Cuba, Honduras, Nicaragua y Panamá. Este comprende, fundamentalmente, a inmensos aparatos de propaganda estatales y privados creados con, entre otras cosas, el fin de difamar y atacar a periodistas, responsables de medios de comunicación, empresarios y políticos que no comulgan con el pensamiento oficial.

La publicidad oficial, que crece sin disimulo y asciende a sumas millonarias, sigue siendo utilizada como método de discriminación en contra de los medios no adictos en esos países, a los que se suma también Guatemala.

Los discursos oficiales se reproducen en forma idéntica: se acusa a los medios de prensa de desestabilizar y hacer oposición por el solo hecho de hacer su trabajo, que consiste en informar y opinar. Se dilatan o no se sancionan leyes que favorezcan el acceso a la información pública.

Han sido aprobadas o están en vías de sancionarse leyes de prensa que dificultaran el trabajo de la prensa crítica y que se inmiscuirán en los contenidos periodísticos en Ecuador, Chile, Honduras y Costa Rica. Con estas herramientas legales, como ya se probó en Argentina y Venezuela, se busca multiplicar el espacio de los medios dependientes del Estado y reducir el número de voces independientes.

Todo esto contradice frontalmente aquello que todos los estados americanos se comprometieron a respetar en la Carta Democrática Interamericana firmada el 11 de septiembre de 2001, en Lima, Perú, según la cual “son elementos esenciales de la democracia representativa el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, la libertad de expresión y de prensa, la sujeción al estado de derecho, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos”.

A su vez, la SIP hace un llamado a las empresas que ceden ante el chantaje de los gobiernos a que muestren un comportamiento digno y acorde con los valores de la democracia y de la libertad de expresión. La historia ha demostrado en estos casos que toda ganancia es momentánea y de corto plazo.

Por otro lado, debe reportarse que en la región la violencia contra el periodismo no cesa. En México, en los últimos seis meses periodistas fueron asesinados y una permanece desaparecida. En Cuba, los medios y periodistas no gubernamentales son permanentemente hostigados y perseguidos arbitrariamente, mientras persiste la discriminación para dar permisos de salida del país. Y en Brasil los hombres de prensa fueron asesinados mientras que en Perú y Colombia, crecen los ataques contra periodistas y medios de comunicación.

Por último, la SIP hace saber su fuerte preocupación y el más enérgico rechazo a cualquier intento de debilitamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA que pueda producirse en la reunión de cancilleres que se realizara el próximo 22 de marzo en Washington DC.²¹

El cuadro descrito es de veras preocupante. Abusos puntuales pueden suceder en cualquier Estado, eventualmente. Pero cuando hay un estándar de comportamiento queriendo callar a la prensa — directa o indirectamente — en algunos países de nuestra región, sin duda la democracia está en riesgo o es todavía muy débil.

Saliendo ahora de la perspectiva de la aplicabilidad de los derechos, bajo otra óptica del acceso a la justicia, tenemos también de qué preocuparnos.

Quedémonos solamente con algunos datos de Brasil que deben, de alguna manera, reflejar la realidad de nuestros hermanos latinoamericanos, en mayor o menor escala. Según datos que tuve la oportunidad de levantar recientemente, solo en Brasil hay actualmente más de 90 millones de procesos pendientes, y cada año surgen más de 25 millones de nuevos procesos (acciones). Aunque los jueces y tribunales brasileños se estén volviendo cada vez más rápidos, en función de numerosas reformas en las leyes procesales que buscan agilizar la prestación de justicia, un fallo final puede demorar años o décadas.

La demora del fallo definitivo de procesos penales o civiles beneficia generalmente a los que cometen delitos y a aquellos que buscan posponer el pago de sus deudas, inclusive el Estado. Esta situación, como bien lo ha denunciado Oscar Vilhena,²² desgarrar el tejido social, genera incertidumbre, impone costos adicionales a la realización de los negocios, así como al control del poder público.

⁽²¹⁾ Sobre el tema, vide también, "La Democracia y su Piedra Angular: La Libertad de Expresión. Estándares de La CIDH", de Mariela Morales Antoniazzi, en la obra, "Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica", coordinación de Armin Von Boddandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

⁽²²⁾ *Folha de São Paulo*, edición del 23 de Agosto de 2014.

Parte del problema reside en el hecho de que en Brasil los juristas han incorporado la idea de que la garantía del doble grado de jurisdicción no es suficiente para la realización de la justicia. Por eso hay un gran volumen de casos que tras la sentencia dictada por un juez singular y un tribunal, se someten aún a los Tribunales Superiores (Tribunal Laboral, Superior Tribunal de Justicia e incluso al Supremo Tribunal Federal, nuestra más alta Corte).

Solo nuestro Supremo Tribunal Federal, nuestra “jurisdicción constitucional principal”, juzgó en el año 2013, a pesar del esfuerzo de racionalización de las recientes reformas constitucionales, 61 mil casos. Quiere decir que la litigiosidad en Latinoamérica parece aumentar enormemente y sabemos cuáles son los factores que conducen a este fenómeno.

La inacción del Poder Político (Ejecutivo o Legislativo), el incumplimiento de los principios y normas constitucionales, no raro por el propio Estado, lleva a esta situación paradójica. El Estado es el mayor “cliente” del Poder Judicial y el responsable —por lo menos en Brasil— de más del 60% del volumen de sus casos.

Si por un lado no deja de ser extremadamente positivo que el pueblo busque a los Tribunales para la defensa y promoción de sus derechos, nos deparamos también con el lado perverso de este escenario.

Derechos que deberían ser satisfechos por los Poderes Públicos son canalizados hacia el Poder Judicial, lo que no siempre testifica o revela la buena salud de un sistema político o democrático.

Comparto la visión de José María Serna de la Garza²³ para quien no se trata tan solo de ver en el fenómeno un *gobierno de jueces*, sino:

No creo que este fenómeno, sea producto del mero voluntarismo de los jueces, sino de una combinación de factores que inducen tal desarrollo. Esos factores tienen que ver con el contexto de profundas desigualdades y graves problemas estructurales; así como la existencia de una sociedad civil más informada, el fortalecimiento de la justicia constitucional y la sensibilidad de los jueces constitucionales para atender solicitudes de justicia ante fallas y omisiones de los órganos políticos. Considero importante no perder de vista que estamos ante una forma institucional de canalizar conflictos sociales (muchos de ellos explosivos), con la cual se contribuye además a legitimar al Estado (lo cual no es un asunto menor en América Latina).

5. Los diferentes tipos de constitucionalismos y nuestros retos constantes

Frente al reconocimiento de la diversidad étnica, es posible encontrar al menos tres tipos distintos de constitucionalismos: algunos ordenamientos,

⁽²³⁾ “Problemas, novedades y desafíos del Constitucionalismo Latinoamericano”, Ob. Cit. Página 86.

como el chileno, el uruguayo y el costarricense, tienden a mantenerse en el pluralismo liberal pues no reconocen derechos especiales de grupo a las comunidades étnicas; otros, como el colombiano, en especial gracias a la jurisprudencia de su Corte Constitucional, tienden a plantearse como una forma de constitucionalismo multiétnico y multicultural; finalmente las recientes constituciones ecuatoriana y boliviana van más lejos pues establecen un Estado plurinacional e intercultural.²⁴

Hay una tendencia apuntada por el autor con la que estamos de acuerdo, que podemos llamar “nueva”, al menos para designar una *tentativa* de fijar un concepto de un constitucionalismo que revalorice el pluralismo y la diversidad en todos los campos. Es cierto en algunos países de la región, no en todos, incluso porque la presencia fuerte de los indios en Latinoamérica no es una constante en todos los países de la región.²⁵

Pero el pluralismo jurídico es un hecho innegable. Como Uprimy, creemos que la mayor parte de las reformas en nuestra región han buscado profundizar la democracia y combatir las exclusiones y las iniquidades sociales (no siempre con éxito, es verdad), pero éstas por lo menos han procurado enfrentar el problema.

Varios autores aluden a un constitucionalismo “post-colonial”. Así por ejemplo, Viciano y Dalmau aluden a un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Baldi a un *constitucionalismo andino*, Santamaría a un *constitucionalismo transformador*, Raquel Fajardo a un *constitucionalismo experimental* o *Pluralista*, Boaventura de Sousa Santos a un *Constitucionalismo Transformador*.²⁶

En este sentido, la mayor parte de las reformas, siguiendo la terminología de Teitel, conducen a textos que más que mirar hacia atrás (*backward*

⁽²⁴⁾ Según Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”, VIII Congreso Mundial de la AIDC, México, 2010 www.juridicasunam.mx/wccl/eslg13.htm

⁽²⁵⁾ Sobre la jurisdicción indígena y sus reglas de articulación, ver el artículo de Néstor Pedro Sagués, “La Modulación Constitucional”. intervención en el reciente *Constitucionalismo Latinoamericano*, XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 17 a 19 de Setiembre de 2013, Tucumán, Argentina.

⁽²⁶⁾ Según Fernanda Frizzo Bragato y Natalia Martinuzzi Castilho, “A importância do post-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latinoamericano”, IN, “O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latino-Americano” organizado por Eduardo Manuel Val e Enzo Bello, Fundação Universidade de Caxias de Sul, Brasil, 2014, páginas 11 y siguientes Según estos autores: “el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano es una práctica constitucional adoptada en muchos países del continente, en los últimos treinta años, y que ha representado algunos cambios, progresos y rupturas con el modelo teórico para las Constituciones de esos países desde sus respectivas independencias. No hay entre los estudiosos del tema siquiera convergencia acerca de la denominación del movimiento constitucional latinoamericano de las últimas décadas”. Lo que es cierto, entre tanto, y lo concreto es que hubieron varias reformas constitucionales en el período buscando reconfigurar el modelo de Estado y la relación de éste con los pueblos indígenas, con las minorías y con la diversidad cultural de nuestra región. En este contexto la valorización de los pueblos indígenas, de los negros, de las mujeres y de los campesinos es una realidad, especialmente en Bolivia (2006–2009), Ecuador (2008).

looking) se proyectan hacia el futuro (*forward looking*), pues, más que codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir.

Esta naturaleza transformadora del constitucionalismo latinoamericano reciente ha tomado en general dos vías: de un lado, son constituciones densas en derechos, pues se considera que el reconocimiento de derechos colectivos o económicos, sociales y culturales, sobre todo si tienen protección judicial, contribuye a una mayor igualdad social y a la transformación democrática. De otro lado, las constituciones también apuestan a que la transformación a una sociedad más justa se haga por medio de una ampliación de los mecanismos de participación democrática, para lo cual han incorporado, además de la democracia representativa, nuevos espacios de deliberación y movilización democrática.²⁷

En Brasil buena parte de la doctrina alude a un *nuevo constitucionalismo* post Constitución Federal (brasileña) de 1988. Algunos aluden también al llamado *neoconstitucionalismo*.

Así v.g. Luís Roberto Barroso,²⁸ afirma: “El ambiente filosófico en que floreció fue el del post-positivismo, teniendo como principales cambios de paradigma, en el plano teórico, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y la elaboración de las diferentes categorías de la nueva interpretación”.

Tratamos este tema —del así llamado *neo* o *post*— positivismo en ocasión de nuestra participación en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional del IACL–AIDC.²⁹

Hay muchos autores y diferentes planteamientos que en Latinoamérica mencionan la existencia, en el momento actual, de un nuevo constitucionalismo. No hay convergencia o unanimidad sobre las bases o premisas en que se funda la expresión.³⁰

⁽²⁷⁾ Uprimny página 13.

⁽²⁸⁾ “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, “Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional”, Volumen I, Coordinadores, Clémerson Merlin Clève y Luís Roberto Barroso, Ed. RT, São Paulo, 2011, página 143 y siguientes.

⁽²⁹⁾ Realizado en la Ciudad de México en diciembre de 2010. En breve síntesis, aunque con una postura crítica con respecto al término en sí mismo considerado, reconocemos una serie de avances y novedades en el llamado constitucionalismo latinoamericano y en sus constituciones de 1988 hasta hoy, especialmente en países como: Venezuela y Argentina (1994) Ecuador (2008), Bolivia (2009). Afirmamos en la ocasión: “No sé si estos cambios han sido tan profundos, generalizados y duraderos” de manera que podemos denominarlos como un “nuevo constitucionalismo” latinoamericano. Sin embargo, cierto es que podemos observar algunos puntos comunes en nuestra región: a) una tentativa de reconstrucción de los conceptos de legitimidad y participación popular, reforzando los mecanismos de participación más directa de la población; b) la valoración del pluralismo cultural y étnico en nuestra región; c) la ampliación de los derechos sociales, culturales y económicos, con especial mención al medio-ambiente sostenible.

⁽³⁰⁾ Upendra Baxi por ejemplo, analiza lo que denomina constitucionalismo transformativo

En efecto, la clásica distinción entre el ámbito doméstico o nacional y la esfera internacional que en el pasado era clara, parece cada vez más difusa e incierta. Las conexiones formales e informales cada vez más presentes entre ambas “esferas”, sobre todo en regiones más integradas es creciente (es el caso de Europa, más que en América Latina).

Las Constituciones nacionales —para utilizar el ejemplo europeo— son interpretadas, cada vez más, como pertenecientes a un sistema como el europeo, más integrado (de derechos humanos, especialmente, con sus *standards*). En este contexto, incluso el derecho internacional de los derechos humanos y sus prácticas no son contradictorios o incompatibles con las normas de derecho doméstico o nacional.

La tendencia hacia una mayor integración y cooperación latinoamericana en nuestra región, no obstante los problemas que conocemos, que termina por dividirlos en “bloques” regionales, es inevitable, y hasta cierto punto positiva, por lo menos en grandes temas alusivos a la democracia social, al desarrollo y a los derechos humanos.

La existencia del denominado diálogo o conversación entre Tribunales, órganos y Cortes parece una realidad internacional presente en los países más integrados económica y jurídicamente.³¹

Gunther Teubner,³² por ejemplo afirma que el derecho constitucional contemporáneo aún se centraliza en el Estado. Sin embargo ello, según el autor, causa una falla en la teoría constitucional que está, en su juicio, mal equipada para lidiar con lo que llama *private government on a transnational scale*.

(“transformative constitutionalism”) haciendo un estudio sobre las luchas históricas en Brasil, India y África del Sur, procurando identificar semejanzas y puntos de contacto en sus constitucionalismos. El estudio es interesante para llamar sobre todo la atención sobre el abismo existente entre la realidad social y normativa en estos países y asimismo para llamar la atención sobre la falta de compromiso efectivo para hacer cumplir de manera eficaz los derechos sociales, económicos y culturales en dichas regiones, así como hay, también, una cierta manipulación política del *establishment* para no alterar el *status quo* conservador y no raro de sofocar iniciativas populares e históricas que intentan rescatar las candentes deudas históricas y sociales (como lo que sucedió con la ley de amnistía en Brasil y en varios países latinoamericanos, o en India con la cuestión religiosa y colonialista y en África del Sur con el apartheid etc. En la obra “Transformative Constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and S. Africa”, Pretoria University Law Press (PULP), 2013.

⁽³¹⁾ Vide el trabajo de Carlos Ayala Corao, “Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012. En la página 23 de la citada obra, el autor afirma: “De esta forma, el diálogo jurisprudencial también opera como un control a la arbitrariedad judicial, cuando so pretexto de pretender legitimarse con fluidas citas comparadas e internacionales, termine arribando a una solución injusta, incoherente, contradictoria, irrazonable o desproporcionada. De allí que la legitimidad de las sentencias se verifica en su razonamiento”.

⁽³²⁾ “Fragmented Foundations”, Gunther Teubner, In *The Twilight of Constitutionalism?* Edited by Petra Dobner and Martin Loughlin, Oxford, 2009, página 329. Ver también en la misma obra el interesante artículo de Matthias Kumm, “The best of Times and the Worst of Times – Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia”, página 201 y siguientes.

Dice:

The alternative to be developed is constitutionalism without the state. For constitutional theorists, this amounts to breaking a taboo. For them, a constitution without a state is at best a utopia — a poor one, to be sure. But this formula is not an abstract normative demand for remote, uncertain futures. Instead, it is an assertion of a real trend that can be observed on a worldwide scale”.

My thesis, in short, is that we are witnessing the emergence of a multiplicity of civil constitutions beyond the nation state. But the constitutions of world society is not to be conceived exclusively within the representative institutions of international politics, and neither can it take place in a unitary global constitution overlying all areas of society. It is emerging incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society.

Por otro lado, Dieter Grimm entiende que la Constitución en su sentido más amplio no logra regular todas las manifestaciones que provengan del espacio público y privado.³³

En este punto me gustaría observar que sea cual sea la denominación que se pueda darle a los movimientos y tendencias en los últimos años en nuestra región, Latinoamérica, lo importante es no perder de vista que tenemos una herencia positiva, una cultura constitucional, una genética que deviene de la historia constitucional mundial que no podemos y no debemos renegar.

La noción de Estado de Derecho, de control del poder, de separación de poderes,³⁴ de independencia real del Poder Judicial, de respeto a la oposición y a las minorías, la consagración de los derechos humanos y fundamentales³⁵ no puede ser abandonada, sino prestigiada y reforzada.

Para finalizar quisiera decir algunas palabras acerca del transconstitucionalismo³⁶ y sus consecuencias en nuestra región.

⁽³³⁾ “The constitution still emanates from or is attributed to the people. But it can no longer secure that any public power taking effect within the state finds its source with the people and is democratically legitimized by the people”. “The Achievement of Constitutionalism”, Ob. Cit, “The Twilight” ... Tiene razón.

⁽³⁴⁾ Con todas sus reconfiguraciones y ajustes necesarios.

⁽³⁵⁾ Aquí englobamos todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales, ambientales, etc.

⁽³⁶⁾ Se trata de verificar el desarrollo de problemas jurídicos presentes en diversos tipos de órdenes jurídicos, que involucran tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como las instituciones jurídicas locales nativas, en la búsqueda de una solución. El transconstitucionalismo tiende a involucrar más de dos órdenes jurídicos, sean éstos de la misma especie o de tipos diferentes. Reconoce la existencia de un sistema jurídico mundial de múltiples niveles, en el que se opera un *transconstitucionalismo pluridimensional*, que resulta de la relevancia simultánea de un mismo problema jurídico-constitucional en una diversidad de órdenes jurídicas. Es la tesis de Marcelo Neves que consideramos adecuada para enfrentar los problemas constitucionales contemporáneos. Se trata de lo que él denomina un “modelo de articulación”

En la relación entre órdenes jurídicos internacionales y órdenes jurídicos estatales surgen cada vez con más frecuencia casos y problemas jurídico-constitucionales.

Marcelo Neves³⁷ en Brasil ha sido uno de los precursores en la temática y destaca su importancia.

Trae como experiencia relevante de transconstitucionalismo entre el orden internacional y el orden estatal la relación entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los órdenes constitucionales de nuestra región. Afirma que no solo se trata de darle cumplimiento a las decisiones de la Corte en el ámbito doméstico, sino también de revisar los fallos de los tribunales constitucionales a partir de aquellas decisiones, en un diálogo productivo.³⁸

Por otro lado, si agregamos el elemento *democrático* al tema de la transnacionalidad, salvo mejor opinión, no será nada fácil construir un mundo supranacional o post-nacional con dimensiones democráticas, no obstante el saludable propósito de diálogo (sea entre Cortes, sea entre autoridades o instituciones estatales, semi-estatales o supra-estatales o en las organizaciones internacionales).

Es forzoso considerar que la asimetría de fuerzas que rigen hoy en el mundo permite temer la construcción de una (re)significación de democracia en el contexto supranacional.

—engagement model— de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de tal manera que todos se presenten capaces de reconstruirse permanentemente mediante el aprendizaje a partir de las experiencias de órdenes jurídicos interesados concomitantemente en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales.

⁽³⁷⁾ “Transconstitucionalismo: Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana en la obra, “Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica”, coordinación de Armin Von Boddandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, página 255 y siguientes. Vide también, “Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano” de José María Serna de la Garza, UNAM, México, 2012.

⁽³⁸⁾ En los fallos de los Recursos Extraordinarios números 466.343/SP, 349.703 y en el HC 87.585-TO, informa Marcelo Neves en la obra citada que el Supremo Tribunal Federal resolvió por mayoría, el 3 de diciembre de 2008, que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, cuando no sean aprobados en los términos del artículo 5º, § 3º, de la CF, tienen una jerarquía supralegal, pero infraconstitucional. Este caso fue importante porque dio lugar a una amplia discusión respecto a la incorporación de los tratados de derechos humanos al orden jurídico brasileño. Una tendencia en el examen del caso fue la defensa de una solución en el sentido de la validez interna ilimitada del mencionado precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada, teniendo en cuenta que dicha norma conduciría a una ampliación de los derechos constitucionalmente establecidos, de tal manera que el derecho implícito en ella estaría fundado en el artículo 5º, § 2º de la CF, y además en este caso el pacto internacional tendría primacía sobre el Código Civil brasileño. Recuerda igualmente el profesor brasileño el caso *Yatama vs Nicaragua*, referente a la participación democrática de miembros de la comunidad indígena, filiados al partido Yatama, a quienes se les prohibió ser candidatos en la elección municipal del 5 de noviembre de 2000, por fuerza de la decisión del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua. La CIDH no solo condenó al Estado de Nicaragua al pago de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, sino que también determinó que se procediera a la modificación de la respectiva ley electoral.

Permítanme terminar este artículo o (comunicación) con las palabras contenidas en el informe intitulado *Understanding Social Conflict in Latin America*, coordinado por Fernando Calderón y preparado por el equipo de investigadores Lorenza Belinda Fontana, María Isabel Nava y Huáscar Pacheco.³⁹

Latin American societies are generally characterized by an excessively concentrated power, markets that are uncompetitive in the global economy, relatively weak state institutions of questionable legitimacy, limited citizen participation, and inadequate institutional recognition of cultural identities. In order to solve the problems between states and societies — especially in terms of representation, participation, and mediation— it is necessary to reject all forms of authoritarianism. Accordingly, States and societies should advocate a kind of political coexistence that does not deny the different types of power, conflict, or discrepancies that exist in a plural society.

In recent years, Latin America has experienced a political transformation that could strengthen democracy, foster development, and improve its global standing over the long term. This transformation is facilitated by political changes which include the erosion of the legitimacy of political parties and the emergence or reemergence of variety of movements and regimes (characterized here as popular nationalism, pragmatic reformism, and conservative modernism). Considering that societies result from conflict processes, it is natural that social conflict is a central part of this transformation. Social conflict in the region should therefore not be considered a negative phenomenon. If it is managed through dialogue and negotiation — and both structural and circumstantial issues are addressed— it can offer means and opportunities for pursuing greater social equality.

El constitucionalismo contemporáneo solo puede germinar en Estados donde encuentre ambientes democráticos y pluralistas. Donde el Pueblo pueda participar, donde haya una efectiva independencia y armonía entre los poderes y funciones del Estado, donde los derechos fundamentales sean respetados por la mayoría y la minoría, donde los agentes públicos puedan ser responsabilizados por sus acciones y omisiones en el ámbito interno e internacional, y sobre todo, donde la libertad de prensa sea efectivamente respetada en toda su latitud, aunque pueda eventualmente equivocarse al transmitir información vital al ciudadano y a la sociedad.

⁽³⁹⁾ Brief Report, PAPED–UNDP, La Paz, March 2013, First Edition, UNDP, Bolivia. página 50 y 51.

EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO JUICIO DE AMPARO MEXICANO

Alfonso Herrera García*

SUMARIO: I. Introducción. II. El objeto de protección del juicio de amparo en el régimen jurídico anterior a las reformas de 2011–2013. III. El proceso de reforma al objeto de protección del nuevo juicio de amparo. IV. Los criterios de la Suprema Corte y el nuevo objeto de protección del juicio de amparo. V. Prospectiva y retos.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo hace poco más de un año —el 3 de abril de 2013— se hace necesaria una primera aproximación analítica a las instituciones de ese ordenamiento, sobre todo a las que han sido renovadas con profundidad, a efecto de calibrar los retos que esta inédita legislación plantea para la comunidad jurídica de México.

En este sentido, el propósito de este trabajo es, en primer término, ofrecer una comparación entre el esquema anterior y el nuevo, en relación con el objeto de protección del juicio de amparo. En segundo lugar, se busca ofrecer una descripción de las principales resoluciones que representan la superación de criterios sustentados bajo el sistema anterior y, al

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Cd. de México [correo electrónico: jalfonso.herrera@gmail.com / twitter: @jAlfonsoHerrera].

mismo tiempo, los primeros pasos hacia adelante en la clarificación del contenido jurisprudencial de las reformas constitucionales y legales del amparo (2011–2013), por parte de la Suprema Corte de Justicia. En tercer lugar, se ofrece una reflexión conclusiva, pero, si se permite la expresión, eminentemente provisional, acerca de los retos de futuro que depara la reconfiguración normativa del objeto de protección del juicio de amparo.

Debe advertirse en estas líneas introductorias que, con miras a objetivos prácticos, el presente trabajo reduce al mínimo los insumos dialógicos con otras fuentes doctrinales, así como con el derecho comparado. Con ello, se pretende ofrecer un ensayo que enmarque una primera reflexión acerca de unas reformas que, sobra mencionarlo, están llamadas a causar un impacto profundo en las instituciones procesales de tutela de los derechos humanos en México.

II. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR A LAS REFORMAS DE 2011–2013

El objeto de protección del nuevo juicio de amparo, tal como resulta de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, y de la nueva Ley de Amparo, de 2 de abril de 2013, resulta distinto del que lo caracterizó su tradición, en el régimen jurídico anterior. Ello se debe, en esencia, al renovado status de los derechos humanos de fuente internacional que esas modificaciones implican, a efecto de sus posibilidades de defensa mediante este juicio.

La traducción normativa de esas transformaciones resulta expresa tanto en la Constitución como en la nueva Ley de Amparo. Por esa razón, no cabe duda que, junto a otras importantes modificaciones, la que incidió en el objeto de protección es un ingrediente central en la evolución de este medio de control de regularidad constitucional.

La redacción del artículo 103 de la Constitución federal, hasta antes de la mencionada reforma, establecía que, mediante el juicio de amparo, se protegían las “garantías individuales” por leyes o actos de autoridad que las violaran (fracción I). Esta disposición no experimentó alteración alguna desde su redacción original en la Constitución de 1917. Más aún, dicho texto tuvo su inspiración en el artículo 101 de la Constitución de 1857, que era prácticamente coincidente en sus términos, lo que muestra una inmovilidad conceptual, a nivel normativo, en este básico elemento del sistema mexicano del amparo.³

³ Esta circunstancia histórica se destaca en la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto que reforma a los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Iniciativa de senadores, grupo parlamentario del PRI, México, D. F., 19 de marzo de 2009, p. 2, suscrita por los senadores Manlio Fabio Beltrones, Jesús Murillo

Como es conocido, la comprensión histórica del objeto de protección del juicio de amparo, en realidad, vivió un momento clave de su desarrollo ya en el siglo XIX, cuando la Suprema Corte admitió su procedencia contra las sentencias judiciales motivada por la incorrecta aplicación de las leyes, con base en una interpretación en esa dirección del artículo 14 de la Constitución de 1857. Este criterio pervivió con el advenimiento de la Constitución de 1917, aunado a la defensa del principio de legalidad consagrado en su artículo 16. Así, la esfera protectora del amparo, como suele destacarse en la doctrina especializada, abarcó desde los preceptos constitucionales hasta las modestas disposiciones reglamentarias.⁴

El artículo 103 de la Constitución de 1917, en la redacción que sirvió de fundamento al juicio de amparo hasta su reforma en junio de 2011, estableció desde su origen que las controversias de la competencia de los tribunales de la Federación se suscitaban por leyes o actos de autoridad que violaran las “garantías individuales” (fracción I). Esta disposición permaneció vigente, en su redacción formal, durante 94 años.

Como reflejo de lo dispuesto por el artículo 103 constitucional, la Ley de Amparo de 1936 estableció, en su artículo 1º, lo siguiente:

Artículo 1º. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las *garantías individuales*;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal. (cursivas mías)

Este texto, en correspondencia a la inmutabilidad de la Constitución en este aspecto, tampoco sufrió modificación alguna hasta su abrogación por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013. Esto significa que la dimensión legal del objeto de protección del juicio de amparo también fue invariable a lo largo de casi siete décadas y media. Todo lo anterior informa que, tomando en consideración el *continuum* que se vivió entre la Constitución de 1857 y la de 1917 en este rubro, hasta sus

Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell; que en adelante se citará solo como: “iniciativa de reforma constitucional”. También se hace en la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Iniciativa de senadores, diversos grupos parlamentarios, México, D. F., 15 de febrero de 2011, pp. 2 y 4, suscrita por los senadores Jesús Murillo Karam y José Alejandro Zapata Perogordo; que en adelante se citará solo como “iniciativa de nueva Ley de Amparo-I”].

⁽⁴⁾ Cfr. Por todos, Burgoa O., Ignacio, *El juicio de amparo*, 43ª ed., México, Porrúa, 2009, pp. 251–267; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa–UNAM, 2003, pp. 7–16.

reformas en 2011–2013, las “garantías individuales” fueron un elemento definitorio del juicio de amparo que prevaleció en México durante casi siglo y medio, con todo los extensivos significados —siempre introspectivos desde la perspectiva normativa— que les dio la jurisprudencia de los tribunales de la Federación en esta larga época.

Es imposible obviar otros sentidos en los que, en el ámbito doctrinal, ha podido concebirse el fenómeno “expansivo” del objeto de protección del juicio de amparo. Por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio ha establecido que, lejos de caracterizarse como un proceso unitario, el juicio de amparo se transformó en un proceso con distintas facetas, según la función tutelar que adoptara. Así, pudieron distinguirse cinco clases o sectores de amparo: el amparo para tutelar la libertad personal, el amparo contra leyes, el amparo contra sentencias judiciales, el amparo administrativo y el amparo agrario.⁵

No es éste el lugar ni el momento para profundizar en las circunstancias históricas de las referidas transformaciones expansivas del amparo, ni de retomar la clasificación doctrinal de los sectores en los que terminó desarrollándose este juicio con el paso de los años. Estas representaciones del objeto de protección ni fueron materia de especial consideración en las aludidas reformas de 2011–2013, ni se relacionan con el específico efecto expansivo que dichas reformas introducen. La orientación expansionista de estas últimas reformas se deben a una ruta distinta, largamente demandada en la doctrina: la consideración de los derechos humanos del orden internacional como objeto tutelar.

Antes de exponer ese trascendental cambio, debe repararse en lo siguiente. No puede pretenderse que los tratados de derechos humanos constituyan un parámetro novedoso de tutela si tomamos en cuenta que éstos han sido invocables en las demandas de amparo a través de su vinculación con la alegada violación al principio de legalidad, consagrado en los artículos 14 y 16 constitucionales. No se trata, desde luego, de una novedad en ese sentido. Lo que sí redunda en una evolución normativo-procesal destacable es la previsión expresa de los tratados como fuente de derechos protegibles a través de este medio de control, lo cual, además, dista mucho de carecer de importancia práctica.

Circunscribiré la explicación a la reforma de la fracción I del artículo 103, que es la disposición receptora de la mencionada reforma, puesto que sus fracciones II y III no sufrieron cambio destacable alguno,⁶ si bien las mismas fracciones de su “artículo reflejo” en la Ley sí lo experimentaron, como se destacará más adelante.

⁽⁵⁾ Cfr. Fix-Zamudio, *op. cit. supra* nota anterior, pp. 18–41.

⁽⁶⁾ Estas fracciones solo tuvieron una modificación antes de la reforma del 2011: la que implicó el decreto del 31 de diciembre de 1994, que, en ambas fracciones, introdujo el supuesto de procedencia del amparo por vulneración o restricción a la soberanía del Distrito Federal.

II. EL PROCESO DE REFORMA AL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO JUICIO DE AMPARO

La necesidad de un renovado objeto de protección, en un sentido expansivo hacia el orden internacional de los derechos humanos, mantuvo un consenso indiscutido tanto a lo largo del proceso de reforma a los artículos 103 y 107 constitucionales, como en el proceso legislativo que dio lugar a la nueva Ley de Amparo, hoy en vigor.

No puede perderse de vista que, sobre todo el proceso de la reforma constitucional, se enmarcó en un contexto prácticamente paralelo al de la reforma de la Constitución Federal en materia de derechos humanos, publicada cuatro días después (10 de junio de 2011). Ambas reformas, en lo que concierne al tema que nos ocupa, se caracterizaron por reconfigurar, conjuntamente, el valor jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la Constitución Federal mexicana. En este sentido, es imposible entender por separado estas reformas.

Pero el consenso en torno a la necesidad de “expandir” o “extender” el objeto de protección del juicio de amparo tiene raíces más antiguas, cristalizadas en el “Proyecto de nueva Ley de Amparo” elaborado por la *Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo*, designada por el Pleno de la Suprema Corte en noviembre de 1999, que, como se sabe, es un documento en el cual se inspiraron las iniciativas que culminaron con las reformas del 2011–2013, que ahora se analizan. Vale la pena referirse, así sea someramente, a ese importante antecedente.

En la versión final del proyecto elaborado por aquella comisión redactora, que entregó al Pleno de la Suprema Corte en abril de 2001, se llegó a la conclusión de que el juicio de amparo debía incluir la protección de los derechos humanos consagrados específicamente en cinco instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Una de las razones por las cuales la comisión consideró pertinente establecer este *numerus clausus* de instrumentos internacionales como objeto de protección del juicio de amparo, fue la constatación de que existe un buen número de otros instrumentos suscritos por México con gran diversidad temática, muchos de ellos producto de circunstancias políticas coyunturales, que engloban intereses diversos de los distintos Estados, que cuentan con diferentes formas de organización política. Se consideró que esos otros tratados, pactos, declaraciones, etcétera, cuentan con fórmulas

ambiguas, cuya protección directa mediante el juicio de amparo podría haber provocado consecuencias indeseadas.⁷

Al analizar ese texto, el pleno de la Suprema Corte decidió modificarlo en el sentido extensivo que finalmente trasminó en las iniciativas de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo del 2011–2013. El proyecto de la Corte, de mayo de 2001, propuso que el juicio de amparo debía proteger los derechos contenidos en la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México. La finalidad de esa apertura indefinida consistió en permitir la protección de los derechos de fuente internacional de cualquier instrumento, sin necesidad de reformar la Constitución cada vez que alguno de ellos se incorporara al ordenamiento jurídico mexicano.

Pues bien, ha sido esta última propuesta la que, en materia de objeto de protección, hicieron suyas las iniciativas, las cuales, en este aspecto, no tuvieron objeción importante alguna en el seno de los órganos legislativos, tanto durante el proceso de revisión constitucional, como en el del proceso parlamentario que culminó con la aprobación de la nueva Ley de Amparo. Así, durante esos procesos, los artículos 103 constitucional y 1º de la Ley de Amparo, que propusieron tales iniciativas, no fueron objeto de debate, si bien hubo una moción para modificar la propuesta de redacción que al último precepto citado dieron las Comisiones Unidas de Justicia, de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Segunda, del Senado de la República, como se destacará luego.

En lo que se refiere a la reforma del artículo 103 de la Constitución Federal, vale la pena detenerse en la distinción entre la redacción que contenía la fracción I anterior, y su nuevo texto. Antes de su reforma, esa fracción establecía que los tribunales de la Federación conocerían de toda controversia que se suscitara por leyes o actos de autoridad que violaran las “garantías individuales”, en consonancia con lo que la Constitución mexicana expresaba en su título I, capítulo primero, cuya denominación era, precisamente: “De las garantías individuales” y con otros apartes de la propia Constitución que aludían a esa expresión. Tras la reforma del 6 de junio de 2011, el nuevo artículo 103 dispone que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, *así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.* (cursivas mías)

⁷ Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM-III, 2002, pp. 28–35; Cossío Díaz, José Ramón, “Análisis de la propuesta de una nueva Ley de Amparo”, en su libro: *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, pp. 420–432.

Lo primero que debe destacarse de esta nueva redacción, es la distinción que la Constitución introduce entre los “derechos humanos reconocidos” y las “garantías otorgadas para su protección”. Esta distinción explícita es congruente con la que incorpora la diversa reforma de 10 de junio de 2011, en distintos sitios del nuevo texto constitucional, destacadamente en la denominación del capítulo primero del título primero, que pasó a llamarse, justamente: “De los derechos humanos y sus garantías”.⁸ La reiteración de esta distinción por la Constitución, enfatiza la imperiosidad de hacer operativo dicho distingo conceptual en la práctica del juicio de amparo.

Vistas en su conjunto, estas modificaciones corrigieron un error histórico de tipo dogmático en el sentido de que, técnicamente, las garantías no podían seguir siendo consideradas, al menos autónomamente, ellas mismas, objeto de protección, sino como vehículos procesales para la defensa de ese objeto, categoría en la que se ubican los derechos humanos. Las garantías son medios de protección, no, en buena técnica, su objeto.

Hay otra modificación en el artículo 103, fracción I, que debe ponerse de relieve: el cambio del lenguaje constitucional en el verbo empleado por el derecho positivo para significar el anclaje de los derechos humanos a la Constitución Federal. Por décadas se estableció que las “garantías individuales” eran “otorgadas” por la Constitución. Con la reforma del 6 de junio de 2011, el artículo 103 ahora dispone que el juicio de amparo protege los derechos humanos “reconocidos” y las garantías “otorgadas” para su protección.⁹ Resulta patente la consonancia entre la terminología del capítulo primero, título I, y de los artículos 1º, 29, 33 (modificados por el decreto de 10 de junio de 2011), y la del artículo 103, fracción I.

¿Cuál es la consecuencia práctica de lo que se viene de constatar? Para empezar, que en el trabajo cotidiano que implica la elaboración de sentencias por todos los tribunales de la Federación, el léxico por ellas utilizado habría de sustituirse: el trabajo judicial debe ahora referirse a los “derechos humanos” tutelables por el juicio de amparo, y ya no a las “garantías individuales”, o a su más simple locución tradicional de “garantías”. Por otro lado, debe empezar a hacerse patente la utilización de la expresión “garantías” exclusivamente para referirse a todo medio, proceso o procedimiento de defensa, dispuesto por el ordenamiento jurídico, para

⁽⁸⁾ Acerca de las implicaciones sustantivas derivadas de esta modificación, en apariencia solo nominal, véase: Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: Una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXI, núm. 256, julio-diciembre 2011, en especial, pp. 32-37.

⁽⁹⁾ Al respecto, *cfr.* García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2012, pp. 71-78.

la protección de esos derechos (entre los cuales se cuenta el propio juicio de amparo). Incluso, a este respecto, la propia iniciativa de la nueva Ley de Amparo presentada por diversos grupos parlamentarios del Senado, de 15 de febrero de 2011, afirma: “[...] es evidente que el juicio de amparo habrá de sufrir una transformación de fondo y no solo en cuanto a su denominación de “juicio de garantías”.”¹⁰

Dicho lo anterior, otra cuestión a destacar sobre la reforma del objeto de protección del juicio de amparo, a nivel constitucional, es que ahora se dispone que los derechos y sus garantías, deben estar reconocidos y otorgados, respectivamente, por la propia Constitución, “así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. En este punto, se trata de la ampliación propiamente de la esfera de protección del juicio de amparo desde el punto de vista de las fuentes normativas que deben tomarse en cuenta para enjuiciar el acto de autoridad reclamado.

Si bien desde un primer momento ha sido posible observar en las normas positivas la ampliación de dicho objeto de protección a las normas de tratados internacionales, no quedó clara la manera en que debía comprenderse esa “ampliación” o “extensión”, sobre todo debido a la “interferencia” que a la tesis de la igual jerarquía de derechos consagrados en tratados internacionales, parecía significar la última parte del primer párrafo del artículo 1º —si bien reformado por el decreto del 10 de junio de 2011, intocado en esa parte de su redacción¹¹— y el 133, que no había sufrido modificación alguna con estos decretos.¹²

Ahora bien, tanto la iniciativa de la reforma constitucional como una de las dos que se presentaron para la nueva Ley de Amparo, proporcionaron elementos para orientar el sentido de esa ampliación.¹³ En dichas iniciativas

⁽¹⁰⁾ Iniciativa de reforma constitucional, cit. *supra* nota 1, p. 2; Iniciativa de nueva Ley de Amparo-I, cit. *supra* nota 1, p. 5.

⁽¹¹⁾ Art. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece” (cursivas mías).

⁽¹²⁾ De hecho, no ha sufrido reforma alguna desde 1934. Su texto en vigor es el siguiente: “Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

⁽¹³⁾ La iniciativa explora el estado de la cuestión en el derecho comparado al exponer: “Se debe apuntar que en el derecho comparado se ha generado un movimiento diametralmente diferente al que se presencia en México, pues en otros países el ámbito de protección de los juicios constitucionales ha abarcado también lo previsto en materia de derechos humanos por diferentes instrumentos del derecho internacional. Al respecto, las soluciones han variado, pues en algunos casos se ha dado jerarquía constitucional a todos los instrumentos internacionales celebrados por

se dijo que: *a)* afines a la lógica internacional, que ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos, y dada la necesidad de constituir al juicio de amparo en un medio más “eficiente” de control de las actuaciones de las autoridades públicas, se pretende “ampliar el marco de protección de ese proceso extendiendo la materia del control”; *b)* Deben protegerse de “manera directa”, mediante el juicio de amparo, “además de las garantías que prevé la Constitución, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.¹⁴

Las dos iniciativas de la nueva Ley de Amparo que se presentaron en la Cámara de Senadores, tanto la de diversos grupos parlamentarios,¹⁵ como la del Partido de la Revolución Democrática (PRD),¹⁶ coincidían en señalar que debía establecerse expresamente como objeto de protección del amparo, los tratados de los que el Estado mexicano fuera parte. Sin embargo, discrepaban en su redacción. En lo que aquí interesa, la fracción I del artículo 103, finalmente aprobada, se inspiró más fielmente en el texto propuesto por la segunda iniciativa mencionada.

Como se dijo con anterioridad, la intención inicial del legislador fue introducir en la nueva Ley de Amparo una “disposición espejo” del artículo 103 constitucional. Efectivamente, la iniciativa original de la nueva Ley de Amparo reproducía en sus términos el artículo 103 reformado. Sin embargo, debe llamar la atención que el nuevo artículo 1º de la Ley de Amparo no resulta ser una reproducción exacta de esa disposición constitucional en lo que toca a sus fracciones II y III. Dicho precepto quedó finalmente redactado de la siguiente manera:

Artículo 1º. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias

un Estado; en otros solo a algunos de ellos; en otros se han dejado como objeto de protección, pero sin darle la jerarquía constitucional o en otros, finalmente, se ha previsto que el contenido de esos instrumentos debe guiar la interpretación que de los derechos fundamentales hagan los tribunales nacionales”. *Cfr.* Iniciativa de nueva Ley de Amparo-I, cit. *supra* nota 1, p. 5.

⁽¹⁴⁾ Iniciativa de reforma constitucional, cit. *supra* nota 1, p. 2; Iniciativa de nueva Ley de Amparo-I, cit. *supra* nota 1, p. 2.

⁽¹⁵⁾ Cit. *supra* nota 1.

⁽¹⁶⁾ Iniciativa de senador, grupo parlamentario del PRD, México, D. F., 22 de septiembre de 2011, suscrita por el senador Tomás Torres Mercado (que aquí identifiqué como “iniciativa de nueva Ley de Amparo-II”).

del Distrito Federal, *siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, *siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.” (cursivas mías)

La alteración de las fracciones II y III del precepto en cuestión se debió al dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Segunda, de la Cámara de Senadores, del 5 de octubre de 2011, sin ofrecerse en la exposición de motivos de dicho dictamen explicación específica alguna sobre el particular. Este texto superó todas las etapas legislativas hasta su aprobación definitiva por ambas cámaras legislativas. Al analizarse el contenido de esas fracciones en el pleno de la cámara de diputados, en la sesión del 12 de febrero de 2013, esa propuesta de redacción fue objeto de observación por el diputado Manuel Huerta Ladrón de Guevara (Partido del Trabajo), cuando se discutía el dictamen respectivo enviado por el Senado. Sin embargo, esa reserva no fue admitida a discusión.¹⁷

Sin perjuicio de dejar apuntada la incerteza de cuáles pueden ser las consecuencias prácticas de esa amplificación, incompleta, de los supuestos de procedencia del llamado en la doctrina “amparo-soberanía” en la

¹⁷ La intervención del diputado Ladrón de Guevara fue en los siguientes términos: “[...] quise hacer esta reserva porque miren, en el artículo 1 dice: ‘El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite —obviamente, en el párrafo primero— por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte’. // Y las fracciones II y III dicen: ‘Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal —y aquí está el problema porque viene seguido de— *siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*’. Y en la fracción III: ‘Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de la competencia de la autoridad federal —y vuelven a condicionar con un— *siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*’. // Obviamente, si es técnica legislativa, lo podrán enmendar porque nosotros estamos proponiendo suprimir desde los condicionantes *siempre y cuando* en ambas fracciones, ya que esto le resta operatividad, funcionalidad, del caso que se acredita. Es obvio en temas presupuestales y demás. No hay violaciones a derechos humanos y éstos ya están protegidos en la fracción I.” Véase, Cámara de diputados, versión estenográfica de la discusión parlamentaria, México, D. F., 12 de febrero de 2013, p. 18.

nueva Ley de Amparo (como se ve, en ambas fracciones se omite aludir a los “tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”), lo cierto es que quizá era el momento de prescindir, tanto en el artículo 103 constitucional, como en éste de la Ley, de estos supuestos, considerando que la extralimitación de competencias de la autoridad es susceptible de reclamarse, sin margen de duda, a través de la invocación de la violación al principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional.

No está de más mencionar que, acordes con el nuevo artículo 1º, los artículos 108, fracción VI, y 175, fracción VI, de la Ley de Amparo vigente prevén que en la demanda de amparo (indirecto y directo, respectivamente) ha de expresarse, conforme dicho artículo 1º, los preceptos que contengan los derechos humanos (y las garantías, en el caso solo del amparo indirecto), cuya violación se reclame. Asimismo, el artículo 107 de la Ley enaltece el valor jurídico de los tratados al establecer la inimpugnabilidad de los tratados internacionales en “aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos”.

Asimismo, la nueva Ley conceptualiza, en la misma dirección, los actos del procedimiento administrativo de “imposible reparación” y los “actos en juicio”, a efecto de la procedencia del amparo indirecto. El artículo 107, fracciones III, inciso b), y V, establecen que por tales actos deben entenderse “los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Por otro lado, el reconocimiento de estos tratados impactó también la operatividad del principio de definitividad del juicio, que ahora se prevé en el artículo 171 de la nueva Ley. En el juicio de amparo directo, al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, no resulta ahora exigible agotar el recurso o medio de defensa previsto por el ordenamiento, entre otros supuestos, en aquellos en los que se “alegue que la ley aplicada o que se debió aplicar en el acto procesal, es contrario a la Constitución o a los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

III. LOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE Y EL NUEVO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO

1. La incertidumbre inicial sobre la extensión protectora

La entrada en vigor del nuevo sistema constitucional del juicio de amparo, primero, y de la nueva Ley de Amparo, después, trajo como consecuencia una consciencia colectiva en el foro jurídico, más o menos general, de que

otra, distinta a la tradicional, debía ser la caracterización jurídica del objeto de protección del juicio de amparo. Sin embargo, desde un inicio se plantearon serias dificultades interpretativas acerca de la cabal proyección y los alcances de esa extensión, de cara a la posición normativa del Derecho internacional de los derechos humanos.

Para centrar la atención en las discusiones del Tribunal Pleno de la Suprema Corte, debe decirse que la primera resolución que arrojó alguna luz de hacia donde debía situarse la comprensión de esa ampliación, fue la recaída al expediente varios 912/2010, si bien fueron más amplias las consecuencias que ésta implicó para el entero modelo de control de constitucionalidad en el país. En todo caso, este asunto arrojó las primeras determinaciones del Tribunal Pleno frente a la reforma constitucional de derechos humanos, de imposible desconexión con lo que vendría a regir después para el juicio de amparo, cuya reforma constitucional entró concretamente en vigor el 4 de octubre de 2011, es decir, menos de tres meses después de haberse emitido esa resolución.

El objeto de protección del juicio de amparo, encontró otro escalón evolutivo con la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, emitida el pasado 3 de septiembre de 2013, y continuó construyéndose con la recaída a la contradicción de tesis 21/2011-PL, decidida el 9 de septiembre siguiente. Puede afirmarse que estas últimas resoluciones marcan sendos puntos de inflexión con respecto a criterios jurisprudenciales típicos del sistema anterior. Sobre todo con la contradicción de tesis 293/2011 han quedado sin efectos jurisprudencias de tribunales de la Federación, y modalizadas otras de la propia Corte, que servían de base para concebir la posición jurídica de los tratados internacionales de derechos humanos, al conocer del juicio de amparo.

2. La recepción del “caso Radilla” por la Suprema Corte y su repercusión en el juicio de amparo

Pese a que los primeros criterios que se destacarán ahora emanaron de la paradigmática resolución al expediente varios 912/2010, denominado “Caso Radilla” (aunque en propiedad, se trata de la “recepción del caso Radilla”), debe repararse desde un inicio que en este asunto el Pleno no tuvo por propósito discutir propiamente el objeto del juicio de amparo. No obstante, sí generó una comprensión distinta de los derechos que consagra la Constitución Federal, a partir de la reforma del 6 de junio de 2011. Además, caracterizó una distinta perspectiva, generada por el propio Derecho constitucional positivo, acerca de cuáles son los derechos humanos (que no ya “garantías individuales”, expresión que en esta resolución se

abandona implícitamente), que deben tomarse en consideración al ejercer el control de constitucionalidad y —a partir de esta decisión— también el de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.

A partir de esta trascendente resolución, se desprende una convicción del Tribunal Pleno —o al menos de una mayoría de sus integrantes— para interrumpir un esquema jurisdiccional previo, inmovilizado durante décadas en los aspectos que fueron finalmente resueltos. Por otro lado, en ella se sentaron las bases para orientar un sendero distinto en el quehacer de la justicia constitucional mexicana, en cuanto a la aplicación de normas de derechos humanos se refiere.¹⁸

Cabe advertir que los criterios emanados del “varios 912/2010” no consiguieron la adhesión unánime de los ministros integrantes del Pleno, aunque son dos las notables excepciones: el relativo a la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, y la restricción del fuero miliar. Sin embargo, ninguno de esos criterios generó “jurisprudencia”, esto es, criterios jurídicamente vinculantes, pues el procedimiento del que emergieron (un expediente “varios”)¹⁹ no revistió la aptitud jurídico-procesal para producir esos efectos. Dichos criterios integraron “tesis aisladas”, es decir, tesis orientadoras para todos los tribunales y los operadores jurídicos del país, lo cual, por cierto, generó no pocas incertidumbres a la hora de enfrentar su aplicación en la práctica judicial.

No es éste el lugar para analizar los peculiares antecedentes que dieron lugar a la resolución del expediente “varios 912/2010”.²⁰ Pero es obligado

⁽¹⁸⁾ La resolución fue incluso publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011, lo que resulta más que simbólicamente significativo no solo porque en esa fecha la Corte determinó la apertura de la décima época del Semanario Judicial de la Federación. Recuérdese que, además, en ese mismo día entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de juicio de amparo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero transitorio del multimencionado decreto de 6 de junio de 2011.

⁽¹⁹⁾ El Pleno fundó su competencia para resolver este caso en la atribución genérica e indefinida que le concede el artículo 10-XI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dispone: “La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: [...] De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas”. Y agregó que el Pleno era competente para resolver “toda vez que el propio Pleno determinó, el siete de septiembre de dos mil diez (en el diverso expediente varios 489/2010), que debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, ante la duda que genera la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y a la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional” (párrafo 10, considerando primero, de la resolución al expediente varios 912/2010).

⁽²⁰⁾ Al respecto, entre otros, véanse, por ejemplo: Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl M., y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa/UNAM, 2011.

hacer notar que si bien se resolvió en definitiva por la Corte unos días después de haber cobrado vigencia el nuevo marco constitucional (el 14 de julio de 2011), en realidad sus extremos fueron consecuencia de las consideraciones que había hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia al caso “Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, dictada el 23 de noviembre de 2009. En esta sentencia internacional, el Estado mexicano fue condenado por dicha Corte a diversas actuaciones, como consecuencia del acreditamiento de violaciones, entre otros, a los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la víctima.

De las varias determinaciones importantes de la Suprema Corte en el expediente varios 912/2010, solamente destacaré las que poseen una inevitable relación con el objeto de protección del nuevo juicio de amparo, y que prepararon el camino jurisprudencial que vino después, sobre todo, para lo determinado en las decisiones en las que desembocaron las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011-PL.

Prácticamente durante toda la vigencia de la Constitución federal de 1917, la Suprema Corte había mantenido una interpretación inconvencional en el sentido de que el sistema de control de constitucionalidad imperante en México era el concentrado en los tribunales de la federación, pese a que la lectura del artículo 133 constitucional parecía sugerir otra cosa. Mediante el juicio de amparo, los juzgados y tribunales federales (jueces de distrito y tribunales colegiados de circuito) eran los órganos judiciales encargados de operar la justicia constitucional, con la proscripción de que en esa labor pudiese intervenir cualquier otro juez, de cualquier materia, fuero, o instancia, incluidos los integrantes de los poderes judiciales de los Estados.

Pues bien, en la resolución del expediente varios 912/2010, la Suprema Corte decidió modificar esa lógica concentradora del control de constitucionalidad de los actos de autoridad, incluida, destacadamente, la autoridad legislativa. En la tesis P. LXX/2011 (9a.) se determina que, en la actualidad, existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, los que, además, son acordes con el modelo que denominó de “control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos”, a cargo de los jueces.

En primer término, se encuentra el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, en donde se localizan las acciones de inconstitucionalidad (el control abstracto de normas legales), las controversias constitucionales (conflictos entre poderes y órganos públicos), ambas, competencias de la Corte; y el juicio de ampa-

ro directo e indirecto, competencia de los jueces y tribunales federales y, excepcionalmente, también de la Corte.²¹ En segundo término —aquí, el aspecto novedoso de su criterio— se encuentra el control de constitucionalidad en forma incidental que deberán operar el resto de los jueces del país, en los procesos ordinarios en los que sean competentes.

En este criterio, lo destacado a nuestros efectos es que el objeto de protección del juicio de amparo, en realidad, fue incluso ensanchado en un sentido exorbitante del propio medio específico de control de constitucionalidad por la Suprema Corte: admitió que los derechos humanos, tanto los consagrados en el orden constitucional, como los del orden internacional, son tutelables, no solo mediante el juicio de amparo, sino también en los procesos ordinarios respectivos, de la competencia de todos los jueces del país. En este sentido, desde ese momento la Corte admitió el ejercicio paralelo del control difuso de actos violatorios de los derechos humanos —a cargo de todos los jueces— con las competencias de amparo en manos de los tribunales de la Federación, que tendría reconocido ese mismo objeto. En este nuevo sistema, como lo sostienen Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, en caso de omisión de ejercer control difuso de actos violatorios de derechos humanos, sin embargo, no debiera tener el efecto de devolver el asunto a la autoridad ordinaria para subsanar la deficiencia, en nombre del principio de economía procesal.²²

Para la Corte, se trata de un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios derivados de las declaraciones de inconstitucionalidad o de las determinaciones de inaplicación, que advierta la propia Corte, lo que determine la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Ambas vertientes de control deben ejercerse de manera independiente, lo que significa que la existencia del referido modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas.

Además, en esta redefinición del modelo general de control de constitucionalidad, se toma también en cuenta la tarea del resto de autoridades públicas del país. En el ámbito de sus competencias, éstas tienen también la obligación de aplicar las normas jurídicas bajo una lógica de interpretación más favorable a la persona (*pro persona*), para obtener una protección más amplia de sus derechos humanos. No obstante, a diferencia de los jueces,

⁽²¹⁾ Para una exposición sintética sobre la intervención excepcional de la Suprema Corte en los recursos de revisión de los juicios de amparo, permítaseme la remisión a: Herrera García, Alfonso, "Suprema Corte de Justicia de la Nación" en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, tomo III, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 1584–1599.

⁽²²⁾ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa/UNAM/IMDPC, 2013, p. 31.

las autoridades no-judiciales no cuentan con facultades para inaplicar o declarar la incompatibilidad de dichas normas con la Constitución General de la República.²³

Esta reconfiguración del modelo general de control de constitucionalidad trajo como consecuencia que en un posterior asunto (la llamada “Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011”),²⁴ la Corte declarara que quedaran sin efectos jurídicos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos elocuentes rubros eran los siguientes: “Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación”, y “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución”.²⁵ Se aclaró que esta conclusión se derivaba del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

Además de las referidas vertientes concentrada y difusa del control de constitucionalidad, la Suprema Corte introdujo en ese modelo la doctrina que en sede de jurisdicción interamericana se ha denominado “control de convencionalidad” *ex officio* en materia de derechos humanos.²⁶ Esta decisión se apoyó en la nueva redacción del artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución, que, como se puso de relieve con anterioridad, establece que todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, debiéndose adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate.

Los mandatos interpretativos contenidos en el artículo 1º constitucional, sostuvo la Corte, deben cohonestarse con el artículo 133 de la propia Constitución, para definir el marco dentro del cual debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo de los jueces, y que se encuentra inserto en el modelo nacional de control de constitucionalidad. Mediante una interpretación sistemática del texto de nuevo cuño, se determinó que, en consonancia con la última parte del

⁽²³⁾ El ministro encargado del engrose de la resolución al expediente varios 912/2010 fue José Ramón Cossío Díaz. En cuanto al criterio de que se trata, hubo mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

⁽²⁴⁾ Ponente: Olga Sánchez Cordero. Mayoría de 9 votos; votaron en contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales (no por la declaratoria “sin efectos”), los ministros Valls Hernández y Sánchez Cordero.

⁽²⁵⁾ Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, agosto de 1999, pp. 18 y 5, respectivamente.

⁽²⁶⁾ Cfr. Carbonell, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* [Luis R., González Pérez, y Diego Valadés, coords.], México, UNAM-III, 2013, pp. 67-95.

artículo 133, en los casos litigiosos de su conocimiento, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma jurídica inferior.

Se precisó además que si bien los jueces no tienen competencia para emitir una declaración general sobre la invalidez (expulsar del orden jurídico), las normas que consideren contrarias a los derechos humanos (los tribunales de la Federación pueden emitir declaratorias de inaplicación a casos concretos en juicios de amparo, y la Suprema Corte declaratorias de invalidez general en los procesos de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales), todos los jueces están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores, en caso de conflicto normativo con las contenidas en la Constitución y en tratados internacionales.²⁷

En la línea de estos criterios, la resolución al varios 912/2010 generó, por primera vez en la historia judicial de México, el reconocimiento de vinculatoriedad de las sentencias emitidas por un tribunal internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo en lo que respecta a sus puntos resolutivos, sino también a la fundamentación jurídica en que tales sentencias se apoyan —“en sus términos”— tanto para la propia Corte mexicana como para todos los jueces y demás autoridades del país, siempre que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio resuelto por la sentencia. Esta determinación también cobra un impacto inmediato en el objeto del juicio de amparo, tomando en cuenta que las consideraciones de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana resultan clave para entender aquello que ahora resulta protegible contra las violaciones a derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

Las razones torales en que se fundó esa decisión consideraron que si el Estado mexicano aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando éste ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, constituye cosa juzgada. Así, corresponde exclusivamente a ese órgano internacional, en el caso sometido a su jurisdicción, evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte, como si lo están con las reservas y salvedades formuladas por el mismo Estado. Por ese motivo, la Suprema Corte mexicana debe declararse incompetente para analizar, revisar, calificar o decidir acerca de la corrección o supuesta incorrección de una sentencia dictada por la Corte Interamericana, o si ésta supuesta-

⁽²⁷⁾ Tesis aislada P. LXVII/2011(9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

mente excede las normas que rigen su materia y proceso. Esto significa que la Corte mexicana es un tribunal al que solo corresponde “acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos”,²⁸ con lo que ello signifique para la redefinición de su estatus institucional.

Por otro lado, en el expediente varios 912/2010 se concluyó que otra era la situación cuando se trataba de casos ante la Corte Interamericana en los que el Estado mexicano no hubiere intervenido como parte en la controversia. En este supuesto —se determinó en esa oportunidad— los criterios de dicha Corte internacional resultaban solamente orientadores para los jueces mexicanos, “siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal”. Más adelante, como veremos, este criterio fue superado por la decisión a la contradicción de tesis 293/2011, en el sentido de admitir la obligatoriedad de toda la jurisprudencia interamericana.

En esa tesitura, la Corte mexicana precisó que los jueces, al resolver los casos concretos que se presenten a su consideración, deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos, y acudir luego a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure un beneficio más amplio del derecho “que se pretende proteger”. Ello no prejuzga la posibilidad —advirtió la Corte— de que los criterios internos cumplan de mejor manera lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º (cláusula *pro persona*), lo cual tendrá que valorarse caso a caso, “a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”.²⁹ La incidencia de esta determinación en el análisis de violaciones a los derechos, a través del juicio de amparo, es manifiesta.

Pero no terminan ahí los criterios de calado generados con la “Recepción del caso Radilla”. Con el esfuerzo de delinear con mayor precisión la forma en que debe operar el que puede llamarse “nuevo modelo integral del control difuso de regularidad”, la Corte configuró el que denominó

⁽²⁸⁾ Tesis aislada P. LXV/2011 (9a.). Unanimidad de 11 votos, en relación con la obligatoriedad de estas sentencias, con salvedades de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas y Aguilar Morales. Mayoría de 8 votos en cuanto a la imposibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado; votaron en contra: ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos y Aguilar Morales.

⁽²⁹⁾ Entre las derivadas de la “recepción del caso Radilla”, ésta fue la decisión más dividida entre los integrantes del Pleno, pues únicamente alcanzó el consenso de 6 ministros, contra 5. Cfr. Tesis aislada P. LXVI/2011 (9a.). Votaron en contra los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza.

“parámetro de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos”. El propósito de la Corte es pedagógico también en este punto. Trata de compatibilizar el modelo general de control de constitucionalidad interno, con el control, también interno, de convencionalidad de las normas de derechos humanos.³⁰

Así, sostuvo que el parámetro de análisis que deben ejercer todos los jueces del país —incluidos los federales a través de su jurisdicción de amparo, se entiende— se integra por los elementos normativos siguientes: *a)* los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por los tribunales del Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito); *b)* los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; *c)* los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y *d)* los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de dicha Corte cuando el Estado mexicano no haya sido parte.³¹ De nueva cuenta, el objeto del juicio de amparo tendría en estas directrices, unas orientaciones más precisas acerca del sentido de su extensión.

Ahora bien, la Corte también introduce una especie de recetario metodológico para hacer frente a ese complejo sistema de control de regularidad, en lo que denominó como “pasos a seguir” para su operatividad, con especial atención al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Estableció que la posibilidad de inaplicar leyes por los jueces del país no supone el desconocimiento de dicho principio, sino que éstos deben partir de esa presunción y realizar de esta manera un contraste constitucional de las leyes, previo a su aplicación a los casos concretos.

Así, al ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, la Corte estableció que deben realizarse los siguientes “pasos”: *a)* “Interpretación conforme en sentido amplio”, que significa que los jueces del país “y todas las demás autoridades del Estado mexicano” deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; *b)* “Interpretación conforme en

⁽³⁰⁾ Cfr. García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, incluido en el libro: Vv. Aa., *Control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* [E. Ferrer Mac-Gregor, coord.], Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012, pp. 211-243.

⁽³¹⁾ Tesis aislada P. LXVIII/2011 (9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

sentido estricto”, que significa que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, los jueces deben preferir aquella que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte,³² “para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”; y, c) “Inaplicación de la ley” cuando no sea posible efectuar una interpretación conforme de la norma analizada, frente a la Constitución.³³

3. La contradicción de tesis 293/2011: una construcción implícita del objeto de protección

La contradicción de tesis 293/2011 produjo los criterios más trascendentes, hasta la fecha, para la definición de los alcances de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, desde el expediente varios 912/2010. Una de las razones que justificaron la necesidad de estudiar el fondo de esta contradicción consistió en que la resolución del expediente “varios” no zanjó el tema de la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos. Por consiguiente, pese a que tampoco se trató de dotar de específico contenido interpretativo al artículo 103 constitucional, lo cierto es que la resolución de esta contradicción debe tenerse también como definitoria del objeto de protección del nuevo juicio de amparo, al haberse generado un criterio angular del orden constitucional. Además, la importancia de este asunto se cifra en que sí generó jurisprudencia y que se decidió en un momento en el que ya se encontraban en vigor tanto la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, como la nueva Ley de Amparo (vigente, como se ha dicho, a partir del 3 de abril de 2013, de conformidad con el artículo único transitorio del decreto respectivo).

En esta contradicción de tesis, la Corte definió dos temas fundamentales. En primer lugar, la relación que deben mantener la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Ello repercutió, entre otras tantas cosas, en la configuración del parámetro de control de regularidad de todo acto de autoridad —pública o privada— lo cual, en lo que aquí interesa, repercute inmediatamente en la dimensión de los alcances del artículo 103 constitucional, dada su ilación lógica e ineluctable con la reforma constitucional de los derechos humanos. En segundo lugar, la

⁽³²⁾ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, Vv. Aa., *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* [Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coords.], México, UNAM/IIJ, 2011, pp. 103–133.

⁽³³⁾ Tesis aislada P. LXIX/2011 (9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra: ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

Corte reconsideró el grado de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano no figuró como parte, en el orden jurídico nacional.

La conclusión a la que se llegó fue que los derechos humanos de fuente internacional tienen rango constitucional pero que, en caso de que éstos se enfrenten a una restricción expresa de la Constitución, debe estarse a lo que ésta señale.³⁴ Además, se determinó que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluida aquélla emanada de casos en los cuales el Estado mexicano no fue parte, es obligatoria en el orden jurídico mexicano, siempre que resulte más favorable para las personas.³⁵

En consecuencia, el Tribunal Pleno, al haber admitido el mismo nivel normativo de los derechos reconocidos por la Constitución Federal con el de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, implícitamente dotó de contenido literal al artículo 103, fracción I, de la propia Constitución a los efectos de la tutela jurisdiccional por los tribunales de la Federación de todos esos derechos. En ese sentido, se confirma el ensanchamiento del objeto de protección del juicio de amparo, que es ahora un juicio para la tutela directa de los derechos humanos de fuente internacional. Y lo es tomando en cuenta su contenido no solo normativo, sino en el jurisprudencial que le sea dotado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sus sentencias.

4. La contradicción de tesis 21/2011-PL: La reconfiguración del amparo directo en revisión ante la Suprema Corte

Inmediatamente después de resolver la contradicción de tesis 293/2011, en las sesiones del 5 y 9 de septiembre de 2013, el Tribunal Pleno discutió otro tema de gran relevancia al resolver la contradicción de tesis 21/2011-PL. Aunque este asunto siguió la estela argumentativa de la contradicción previa, su problemática presentó particularidades propias, de notable complejidad técnica y con un impacto también inmediato en la práctica del juicio de amparo. En este caso, se discutió acerca de la repercusión de la nueva condición jurídica de los derechos humanos de fuente internacional en el ejercicio de una de las principales competencias de la Suprema Corte: el amparo directo en revisión.

⁽³⁴⁾ Determinación que se alcanzó por mayoría de 10 votos, con el voto en contra del ministro Cossío Díaz.

⁽³⁵⁾ Esta decisión se adoptó por mayoría de 6 votos, con los votos en contra de la ministra Luna Ramos y los ministros Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Pérez Dayán. Al momento en que se escriben estas líneas, el asunto se encuentra pendiente de “engrosarse”.

En concreto, el punto a resolver en esta contradicción —en la que fueron las dos Salas de la propia Corte los órganos jurisdiccionales en discrepancia— era el siguiente: si el problema de compatibilidad entre una ley y un tratado internacional es una “cuestión de constitucionalidad” o una “cuestión de legalidad” a efecto de decidir la procedencia de un amparo directo en revisión ante la Corte.

La Primera Sala sustentó la tesis de que esa problemática redundaba en una cuestión de constitucionalidad y que, por tanto, la revisión es procedente. Por el contrario, la Segunda Sala estableció que ese problema era una cuestión de legalidad y que, de este modo, no reunía el mérito suficiente para admitir la revisión. Desde que emitieron sus respectivos criterios, ambas Salas los venían aplicando en los asuntos materia de sus respectivas competencias, con lo cual las líneas jurisprudenciales que fueron desarrollándose marcaron una riesgosa incertidumbre para los justiciables que decidieron proponer ante la Corte la revisión de sentencias de amparo directo, emitidas por Tribunales Colegiados de Circuito.

Como se sabe, desde la perspectiva procesal, la procedencia del recurso de revisión es excepcional, como reiteradamente afirma la Corte en las resoluciones de desechamiento de estos recursos. Así, excepcional es también el acceso de los justiciables a la jurisdicción del máximo tribunal del país. Para la Primera Sala, el problema jurídico planteado en la contradicción abre la puerta de la Corte. Para la Segunda Sala, no. Así, la conclusión de este asunto se traducía en la definición de un estándar elemental a partir del cual la Corte, de ahora en adelante, debe analizar las pretensiones jurídicas que soliciten la revisión de sentencias de los Tribunales Colegiados, en materia de derechos humanos.

Pues bien, el Tribunal Pleno, con base en lo decidido en la contradicción de tesis 293/2011, resolvió que un problema de compatibilidad entre un tratado internacional y una ley es una “cuestión de constitucionalidad” si está en juego determinar el alcance de un derecho humano. Cualquier discrepancia normativa que se ventile en este sentido en un juicio de amparo, debe entenderse como una “cuestión constitucional”. Esta decisión precisó una acotación: si ese problema de fuentes no involucra la aplicación de un derecho humano, entonces debe considerarse que el problema permanece en la condición de “cuestión de legalidad”, terreno en el cual las sentencias de los Tribunales Colegiados son definitivas e inatacables.

Como se ha reiterado, el artículo 103 constitucional, fracción I, expresamente establece que el amparo procede contra violaciones a “los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por (la) Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. Sin embargo, en cuanto al recurso de revisión,

el artículo 107 sigue expresando que la materia del recurso “se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras” (fracción IX).

En el asunto que se comenta, la Suprema Corte interpretó que ahí donde el artículo 107 expresa que en la revisión deben tratarse cuestiones “propiamente constitucionales”, debe leerse en el sentido de que abarca las “cuestiones propiamente convencionales de derechos humanos”. Es decir, ahora este precepto debe leerse en el sentido de que procede la revisión contra sentencias de amparo que resuelvan sobre la convencionalidad de normas generales, o establezcan la interpretación directa del precepto de un tratado de derechos humanos, u omitan hacerlo, habiéndose planteado en la demanda de amparo. A ello debe añadirse que la cuestión planteada debe revestir un criterio de importancia y trascendencia (por ejemplo, si no existe jurisprudencia de la Corte aplicable al tema de que se trata).³⁶ Así, se formaliza la interpretación del Pleno en el sentido de que, para la Corte, no es indiferente lo resuelto por los Tribunales Colegiados respecto a la interpretación de derechos humanos de fuente internacional en un juicio de amparo directo.

Por lo demás, debe recordarse que ha sido la propia nueva Ley de Amparo la que se encargó de reconocer, en su artículo 81, fracción II, la procedencia de la revisión en amparo directo contra las sentencias que establezcan la interpretación directa de un precepto constitucional o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, en los términos que a continuación se transcriben:

Art. 81. Procede el recurso de revisión:

[...]

II. En amparo directo, en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del pleno.

La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.”

⁽³⁶⁾ Véase el punto primero (procedencia) del “Acuerdo número 5/1999, del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y nueve, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo”.

Si bien, un tanto contradictoriamente, la última parte de esta fracción insiste (como lo hace la última parte de la fracción IX del artículo 107 constitucional) que la materia del recurso se “limitará” a las “cuestiones propiamente constitucionales”, el artículo 96 de la propia Ley de Amparo vigente arroja mayores elementos de análisis sobre la precisión del sentido expansivo de esta expresión, al establecer que, cuando se trate de la revisión de sentencias de amparo directo pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito:

[...] la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá únicamente sobre la constitucionalidad de la norma general impugnada, o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Lo transcrito no podría significar otra cosa que, en la línea de lo decidido en la contradicción de tesis 21/2011-PL, la literal “cuestión propiamente constitucional” abriga una implícita vertiente de “cuestión de convencionalidad en materia de derechos humanos”, como característica neurálgica del nuevo sistema del amparo mexicano.

Para finalizar, no está de más mencionar que el Acuerdo General 5/2013, del Pleno de la Suprema Corte,³⁷ aprobado en mayo de 2013, establece una regla análoga a la explicada, ahora aplicable al amparo indirecto, cuando en su punto cuarto, fracción I, inciso B), dejó establecido lo siguiente:

CUARTO. De los asuntos de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con las salvedades especificadas en los Puntos Segundo y Tercero de este Acuerdo General, corresponderá resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito:

I. Los recursos de revisión en contra de sentencias pronunciadas por los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, cuando: [...]

B) En la demanda se hubiere impugnado una ley local, un reglamento federal o local, o cualquier disposición de observancia general, *salvo aquéllos en los que el análisis de constitucionalidad respectivo implique fijar el alcance de un derecho humano previsto en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, respecto del cual no exista jurisprudencia del Pleno o de las Salas de este Alto Tribunal, sin menoscabo de que la Sala en la que se radique el recurso respectivo determine que su resolución corresponde a un Tribunal Colegiado de Circuito. [...].* (cursivas mías)

⁽³⁷⁾ Su denominación oficial es: “Acuerdo General número 5/2013, de trece de mayo de dos mil trece, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2013.

IV. PROSPECTIVA Y RETOS

A partir de los criterios descritos en el apartado anterior, provenientes de asuntos resueltos por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte —que podrían merecer la categoría de lo que en la doctrina se conoce como *leading cases*— y de las renovadas premisas construidas a partir de ellos, cabe preguntarse acerca de la prospectiva y los retos que representan las reformas constitucional y legal del objeto de protección que, bajo su nuevo esquema, caracteriza al juicio de amparo.

Ha transcurrido poco tiempo desde que entró en vigor la nueva Ley de Amparo, y, consecuentemente, muchos son los interrogantes que se desprenden en ese sentido. Por cuestiones de espacio, y de debida prudencia, solamente destacaré cinco retos que la temática que se ha tratado presenta para los operadores y estudiosos del derecho de amparo mexicano.

En primer lugar, se tiene que, con el criterio adoptado por la Suprema Corte en la referida contradicción de tesis 293/2011, estamos ante la presencia de un catálogo de derechos humanos en la Constitución dentro del cual deben considerarse insertos los existentes en tratados internacionales. Así, el objeto del amparo se dirige hacia un universo difuso e indeterminado de ese catálogo. El problema de esta representación es que el grado de ensanchamiento de ese catálogo —que equivale al grado de amplitud del parámetro de control de regularidad— resulta directamente proporcional al grado de incerteza de las normas que lo integran. En estas condiciones, el ejercicio de fijación de ese parámetro es, *a priori*, intencionalmente infinito. Además, esa falta de confines normativos equivale a una ausencia de precisión *ex ante* de los deberes exigibles a los poderes públicos. En este sentido, un reto de la jurisdicción de amparo ante los tribunales de la Federación es no solo la construcción, sino también una sistemática acotación normativa, de los derechos humanos tutelables en el actual régimen de amparo.

En segundo lugar, se encuentra el problema cuya discusión inagotada finalmente desencadenó el criterio jurisprudencial surgido de la contradicción de tesis 293/2011, que es el relativo al modo de operar las restricciones expresas de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, frente a su eventualmente dispar configuración normativa en el orden internacional. Es bien sabido que prevalecen en el texto constitucional mexicano un cúmulo de restricciones explícitas a ciertos derechos que no son necesariamente armónicas con los estándares internacionales de esos mismos derechos, ya sea a nivel normativo o incluso a nivel jurisprudencial. La aplicación concreta de esta confluencia de órdenes normativos en estos casos planteará serios retos a los tribunales de la Federación, tomándose

en cuenta que la determinación de la Corte ha sido clara en el sentido de que no puede llegarse al extremo de inaplicar esas restricciones, pese al igual nivel jerárquico de los derechos humanos de fuente internacional.

En tercer lugar, puede enunciarse el reto que plantea el tratamiento judicial de disposiciones contenedoras de derechos que, perteneciendo formalmente a tratados internacionales, éstos no tengan por objeto la configuración de derechos humanos, sino otras materias más o menos diversas. No está claro si podrían resultar amparables derechos de una fuente “especial” simplemente por perseguir el tratado que los recoge propósitos de tipo económico, fiscal, o de otra índole (piénsese en el ejemplo, ya clásico, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

En cuarto lugar, se encuentra el dilema de si resultaría admisible la tutela autónoma (es decir, sin conexión necesaria con algún derecho constitucional), de un derecho consagrado, por ejemplo, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que se plantee en el capítulo de derechos violados de una demanda de amparo. Este supuesto podría resultar el conducente en supuestos de derechos consagrados en la Convención que no encuentren un asidero específico en la Constitución mexicana (piénsese, por ejemplo, en el derecho a la personalidad jurídica, establecido en su artículo 3º; o el derecho al nombre, reconocido en su artículo 18).³⁸

En quinto lugar, puede simplemente enunciarse algunos otros problemas que tienen como común denominador su inédita irrupción en el sistema nacional del amparo desde el Derecho internacional, como son el aún indefinido alcance y consecuente operatividad de instrumentos internacionales que no revisten formalmente la calidad de tratados (piénsese en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por ejemplo); o el diverso problema que plantea el valor jurídico también incierto de acuerdos o determinaciones distintas de las sentencias, como pueden ser las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, haya o no participado como parte, en el respectivo procedimiento, el Estado mexicano.

Se trata solamente de una enunciación básica de un cúmulo exponencial de problemáticas y retos que plantea no solo la construcción jurisprudencial del objeto de protección del nuevo juicio de amparo, sino del entero sistema de derechos humanos en el orden jurídico mexicano. Será en un futuro, probablemente no tan distante, cuando se continúen edificando los

⁽³⁸⁾ Cfr. Corzo Sosa, Edgar, “Estudio introductorio”, *Nueva Ley de Amparo 2013*, México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 16. En la doctrina, autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil se han pronunciado positivamente en ese sentido. Cfr. su libro *El nuevo juicio de amparo*, cit. *supra* nota 20, p. 5.

cimientos asequibles a la profunda transformación jurídica del modelo de amparo y de los derechos por él tutelados, en la cual se encuentra inmerso el Estado mexicano en la hora presente.

TERRITORIALIDAD, SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: LAS BASES INSTITUCIONALES DEL MODELO DE ESTADO TERRITORIAL SOBERANO*

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior**

SUMARIO: I. Introducción. II. La noción de “estado territorial soberano” como estructura organizacional básica del Estado moderno. III. La “territorialidad” como unidad estructurante del “giro westfaliano” en la forma de organización social. IV. La demarcación de las fronteras jurídicas de la soberanía nacional. V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el largo proceso de consolidación del Estado moderno la “idea de Constitución” pasa a ocupar progresivamente un lugar central tanto para el Derecho como para la Ciencia Política. Ese “éxito” viene siendo destacado constantemente, independientemente de la perspectiva que se adopte. Desde el punto de vista de las ideas políticas, la Constitución pasa a ser considerada una “escritura necesaria del poder”; desde el punto de vista del Derecho, con la idea de supremacía constitucional, se vuelve posible comprender el Derecho como unidad sistemática dotada de un único

(*) Investigación financiada con recursos del CNPq (Proyecto 486144/2011-9, Edital Universal 14/2011).

(**) Doctor en Derecho Público por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad del Vale do Itajaí, Brasil. Abogado y socio del Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados. E-mail: lmagno@univali.br; lmagno@mnadvocacia.com.br.

punto de imputación; y desde la perspectiva del punto de contacto entre Derecho y Política, la novedad moderna de la Constitución deriva del hecho de actuar como nexo estructural entre derecho y política.

La importancia atribuida a la “idea de Constitución” como parte integrante de los modelos de organización de lo político y como factor de legitimación de los discursos sobre el poder, no ocurrió sin que el vocablo “constitución” sufriese un proceso de profunda transformación semántica: de instrumento de conservación de las fuerzas constitutivas de los estratos sociales (vinculado a la noción de “constitución mixta” del Medioevo) a instrumento de transformación social de la comunidad política, revestido de una pretensión de normatividad.

En el ámbito de los estudios sobre la historia de las ideas políticas, este conjunto de transformaciones suele ser asociado a una categoría analítica, el constitucionalismo,³ a partir de la cual son seleccionados múltiples elementos y aspectos particulares de la experiencia política que permitieron reconstruir las tramas de las narraciones alrededor de las técnicas de limitación del ejercicio del poder, considerando la demarcación de un espacio de libertad ineliminable de los ciudadanos.

Aun cuando los discursos sobre la Constitución sean contemporáneos a la sedimentación de las bases institucionales del Estado moderno, el surgimiento de la teoría constitucional con pretensiones de cientificidad y como disciplina que pretende tratar la Constitución como problema autónomo data del primer cuarto del siglo XX. Y, como tal, representa una respuesta al escenario de crisis experimentado por el ideal liberal de Estado y de Derecho, llevado a efecto por el efervescente período de entreguerras del constitucionalismo de Weimar.

El objetivo de este artículo consiste en identificar un conjunto de elementos constitutivos del denominado modelo de “estado territorial soberano” que sirvió de base para la consolidación del Estado moderno y, por consiguiente, de la propia teoría constitucional. La identificación de estos elementos constitutivos permite la identificación de las bases institucionales sobre las cuales se erigió el Estado moderno y los elementos que componen la matriz operativa a partir de la cual se estructura desde entonces la forma de ordenación de lo político en la modernidad.

De esta manera, el modelo aquí identificado de “estado territorial soberano” será tratado como principio organizativo y será descompuesto

⁽³⁾ La expresión *constitucionalismo* suele ser utilizada en dos sentidos distintos, a veces como un esfuerzo de reconstrucción histórica acerca del desarrollo de las ideas políticas y de los mecanismos institucionales de limitación del ejercicio del poder; otras veces como una ideología mediante la cual se formulan teorías normativas de carácter valorativo y prescriptivo sobre la mejor forma de organización política.

en cuatro dimensiones distintas (autoridad, principio organizativo, fundamento de legitimidad y criterio para la construcción de identidades) que servirán de hilo conductor para la comprensión de las transformaciones experimentadas en el proceso de consolidación de ese modelo de organización de la comunidad política y de su influencia en el desarrollo del concepto de soberanía.

Al final se defiende la idea de que este esfuerzo de comprensión del papel estructurante que la asociación entre autoridad y territorio desempeñó en el proceso de institucionalización del Estado, brinda importantes claves de lectura para la comprensión de diferentes movimientos contemporáneos de desterritorialización de la autoridad (y por consiguiente del derecho y de la constitución).

La existencia de esferas decisorias situadas fuera del Estado nacional que se imponen con fuerza vinculante a las autoridades estatales, ha exigido un esfuerzo de redefinición del papel que le había sido atribuido a la Constitución. Si la Constitución siempre estuvo circunscripta a un determinado territorio, la desterritorialización de las instancias decisorias ha exigido una desterritorialización de la propia idea de Constitución.

Por ello no es posible sencillamente transferir la gramática constitucional para estos espacios regulatorios ubicados fuera del Estado a través de, e.g., tentativas de (re)organizar el derecho internacional a partir de la "constitucionalización", o quien sabe de la promulgación de un Tratado Constitución para Europa. Es necesario, pues, resignificar la categoría moderna de Constitución, y para eso es imprescindible revelar el vínculo moderno entre Constitución y territorio como principio de organización de lo político en la modernidad.

I. LA NOCIÓN DE "ESTADO TERRITORIAL SOBERANO" COMO ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL BÁSICA DEL ESTADO MODERNO

En los términos asumidos por este trabajo, el edificio del Estado moderno se erige sobre un auténtico acoplamiento entre autoridad pública y territorio. Esta relación se constituye en la exacta medida en que la legitimidad del ejercicio de la autoridad pública se institucionaliza en bases territoriales, es decir, el espacio territorial del Estado pasa a ser la referencia para la demarcación de los ámbitos de validez⁴ del ordenamiento jurídico estatal. El modelo operativo de Estado moderno se traduce, por lo tanto,

⁽⁴⁾ De acuerdo con Hans Kelsen, los ámbitos de validez son las proyecciones materiales de las condiciones de significación normativas sobre el ser. Existen cuatro ámbitos de validez en Kelsen: material, formal, personal y temporal-espacial. (KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

en la noción de *estado territorial soberano*.⁵

El desarrollo del estado territorial como modelo resultó de la consolidación de la noción de gobierno central, es decir, de un agrupamiento de los distintos dominios semif feudales de gobierno en un único cuadro institucional de autoridad pública.⁶ Esta “novedad” moderna es tan significativa que Daniel Philpot⁷ se refiere a ella como una de las más significativas “revoluciones” en la evolución de la idea de soberanía. Y de forma todavía más enfática, John Ruggie defiende que la característica sobresaliente del moderno sistema de gobierno territorial consiste justamente en la consolidación de toda autoridad (antes fragmentada/compartimentada y personalizada) alrededor de un dominio público, dominio éste construido en el interior de auténticos enclaves territoriales (bien delineados, fijos y mutuamente excluyentes).⁸ Resta, pues, discutir brevemente cómo se dio ese proceso de transformación y desarrollo de sus bases institucionales.

El proceso de consolidación del “modelo de estado territorial” operó, en la definición de James Caporaso, un auténtico “giro westfaliano”.⁹ Este viraje organizacional importó en la redefinición de las estructuras de poder de la Edad Media, teniendo por referencia la unidad territorial del Estado-nación.

A pesar del reconocimiento de múltiples elementos constitutivos, la tradición consolidada en el ámbito de la filosofía y ciencia políticas se refiere a la soberanía como un concepto monolítico, como un atributo de los Estados que debe ser estimado en criterios absolutos: o el Estado posee la soberanía, o no es un Estado.

Bien es verdad que la definición de la soberanía en términos absolutos encontró innumerables dificultades operacionales para lidiar con realidades como el Estado del Vaticano o la situación de la China insular (Taiwán). Frente a estas situaciones límite, la incapacidad de la teoría de lidiar con estos arreglos institucionales atípicos tiende a ser minimizada a través del

⁽⁵⁾ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 55–110; CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 20–21; ESTEVES, Paulo. Para uma genealogia do Estado territorial soberano. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 15–32, nov. 2006.

⁽⁶⁾ CAPORASO, James. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty. In: _____ (Org.). *Continuity and change in the Westphalian order*. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000, p. 22.

⁽⁷⁾ PHILPOT, Daniel. *Revolutions in sovereignty: how ideas shaped modern international relations*. Princeton, Princeton University Press, 2001.

⁽⁸⁾ RUGGIE, John Gerard. Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations. *International organization*, Cambridge Journals, v. 47, n. 1, p. 139–174, Winter, 1993, p. 151.

⁽⁹⁾ CAPORASO, James. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty. pp. 1–28.

recurso a la existencia de situaciones *sui generis* que solamente confirmarían la regla de que la soberanía en términos formalmente absolutos es una característica distintiva (y constitutiva) del Estado.

Sin embargo, la comprensión de la soberanía en términos absolutos no ha sido capaz de conferir sentido a la existencia concreta de instancias decisorias más allá del Estado Nación. Estos espacios que compiten con la autoridad del Estado (y cuya legitimidad, en gran medida, se construye a partir de los propios Estados) han comprimido su autonomía, lo que exige que el concepto de soberanía sea comprendido en términos relativos.

Han sido frecuentes los esfuerzos de descomposición de la noción de soberanía en múltiples elementos, algunos de los cuales serían mantenidos bajo el dominio de las instituciones patrón de los Estados nacionales. En este sentido, Stephan Krasner habla de la existencia de “concepciones parciales de soberanía”,¹⁰ Neil MacCormick propone la necesidad de comprender la existencia de grados diferenciados de ejercicio de poderes soberanos,¹¹ y aún a partir de una perspectiva realista, Karen Litfin defiende la ocurrencia de una especie de negociación de la soberanía (*sovereignty bargains*) como parte de la estrategia de los Estados para mantener al menos algunos de sus atributos soberanos.¹²

En este trabajo se defiende que la idea de soberanía fue desarrollada a la par del proceso de *construcción artificial de identidades nacionales* y de que la descomposición de sus elementos constitutivos permite comprender este proceso.

Los elementos asumidos siguen, en líneas generales, aquello que James Caporaso¹³ definió como dimensiones de la soberanía, y pueden ser sintetizados en el cuadro que sigue:

	CUESTIONES RELACIONADAS	PROBLEMA
Autoridad (poder de decisión)	Capacidad de decidir y de fijar reglas sobre conflictos	¿Quién decide en última instancia?

⁽¹⁰⁾ KRASNER, Stephan. Sharing sovereignty: new institutions for collapsed and failing states. *International security*, v. 29, n. 2, p. 85–120, fall 2004.

⁽¹¹⁾ MACCORMICK, Neil. *Questioning sovereignty: law, state, and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁽¹²⁾ LITFIN, Karen T. Sovereignty in world ecopolitics. *Mershon International Studies Review*, The International Studies Association, v. 41, n. 2, p. 167–204, nov. 1997.

⁽¹³⁾ CAPORASO, James. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty. pp. 1–28.

	CUESTIONES RELACIONADAS	PROBLEMA
Principio organizativo	Forma de organización de lo político (criterio de demarcación de jurisdicción)	¿Cuál es la mejor forma de organización?
	El “derecho de gobernar” y el “reconocimiento del derecho” de gobernar	¿Cuál es el fundamento del ejercicio de un gobierno legítimo?
	Los factores de integración y de construcción de los vínculos comunales	¿Cuál es el factor que contribuye a la integración comunitaria?

Tabla 1: Dimensiones de la organización política y los problemas relacionados

De acuerdo con el autor, la *primera dimensión* hace referencia a la idea de *autoridad* (entendida como poder de decisión). La cuestión de la autoridad se asocia directamente con el problema de la decisión, es decir, con la discusión sobre la capacidad del soberano de emitir decisiones y de emitir reglas sobre los conflictos eventualmente existentes entre decisiones que, tomadas a partir de sus criterios propios de legitimidad, se habrían de revelar igualmente legítimas. En principio, la coexistencia de diferentes estructuras de autoridad en un mismo espacio de actuación, sin que entren en conflicto, no suscita ningún problema a la soberanía sino que, por el contrario, la existencia de estructuras de autoridad no presupone la existencia de soberanía.

La soberanía entra en escena cuando se pone en cuestión el problema de la autoridad suprema; por lo tanto, cuando se establece algún criterio de jerarquización de autoridades, cuando se transmiten metanormas para la solución de los conflictos. De esta manera, es la existencia de criterios (y autoridades) capaces de resolver la tensión potencial entre instancias decisorias la principal característica distintiva del atributo de “soberanía” como capacidad de decisión.

La *segunda dimensión* se refiere al *principio organizativo* del espacio político, en especial en relación a los principios subyacentes a la forma en la que se organiza el espacio político y la forma en la que actúan y se articulan las autoridades y actores políticos. El principio organizativo fija el criterio básico estructurador del agrupamiento de autoridades, tanto en el sentido de fijación de competencias como en el sentido de delimitación de los ámbitos de validez de la actuación de la autoridad pública.

En el estado territorial soberano la organización política es territorial, es decir que el alcance normativo de la autoridad pública se circunscribe al interior de determinados espacios geográficamente delimitados.

La *tercera dimensión* se refiere al *fundamento de legitimidad*. Esta dimensión enfrenta el problema de la legitimidad del ejercicio del poder, o sea la cuestión referente a aquel que detenta el “derecho de gobernar” y el correlato “reconocimiento de esta prerrogativa”.

El enfrentamiento de este problema es una de las cuestiones cruciales en la filosofía política desde la Antigüedad. En el momento de afirmación del modelo de “estado territorial soberano”, la cuestión alrededor de la legitimidad se desustancializa (saliendo de la búsqueda de criterios universales de legitimidad). Esto es posible gracias al énfasis atribuido por la filosofía política moderna, en el aspecto procedimental del ejercicio del poder y en la búsqueda de la definición de mecanismos institucionales de control del desvío de su ejercicio.

Por último, la *cuarta dimensión*, que en este trabajo¹⁴ será asociada a la *construcción de identidades*. Su idea motriz resulta del reconocimiento de que cualquier agrupamiento presupone la fijación de vínculos de identidad entre sus miembros que los distinguen de aquellos que le son extraños (de su otro).

En el estado territorial soberano, el atributo de la ciudadanía va a diferenciar lo nacional de lo extranjero y va a vincularlo al Estado nacional, reconociéndole derechos e imputándole responsabilidades. La relación de pertenencia del individuo al Estado nacional tradicionalmente sirve como punto de partida para la comprensión de la ciudadanía. Además, justamente con base en este eslabón formal entre Estado y ciudadano fue posible forjar la concepción moderna de Nación como “comunidad política de destino”. Se trata de una construcción artificial que, fijada con base en la demarcación de un elemento contingente (la frontera), pretende una especie de homogenización interna mediante el cultivo del pasado (mitos sobre los orígenes del pueblo) y la promoción de elementos compartidos (lengua, etnia y religión).

La identificación de estas dimensiones de la soberanía no permite, por sí sola, definir cómo se realizó el proceso de su afirmación ni comprender el papel organizativo desempeñado por el “principio de la territorialidad”, cuestión enfrentada en la próxima sección.

⁽¹⁴⁾ Esta dimensión no fue expresamente enfrentada por James Caporaso y representa una propuesta suscripta por el autor de este artículo.

II. LA “TERRITORIALIDAD” COMO UNIDAD ESTRUCTURANTE DEL “GIRO WESTFALIANO” EN LA FORMA DE ORGANIZACIÓN SOCIAL

Como fue dicho anteriormente, el proceso de consolidación del Estado territorial soberano se operó a través de aquello que fue denominado “giro westfaliano”. Este viraje se materializa por la afirmación del principio de territorialidad, en otras palabras, con la fijación del elemento territorial como unidad básica para las estructuras de autoridad. “Cuando el principio territorial emerge, inmediatamente trae a colación la cuestión de la ordenación del espacio, con independencia de las cuestiones de fondo transmitidas”.¹⁵ El Estado territorial es, obviamente, un Estado con fronteras físicas y con un sentido muy desarrollado de las relaciones dentro/fuera y nosotros/ellos.¹⁶

Tomando por base las cuatro dimensiones antes destacadas, este proceso puede ser resumido a través del siguiente cuadro:

DIMENSIONES	ORGANIZACIÓN POLÍTICA DEL MEDIOEVO	ESTADO TERRITORIAL SOBERANO
Autoridad (poder de decisión)	Dispersa en ámbitos distintos superpuestos	Consolidada (centralizada jerárquicamente)
Principio organizativo	Forma de organización aespacial	Forma de organización espacial (territorial)
Fundamento de legitimidad	Personalización y Sacralización	Racionalización (institucionalización)
Construcción de identidades	Organización local + vínculos de pertenencia a la Cristiandad	Identidad nacional (ciudadanía)

Tabla 2: Dimensiones del giro westfaliano (*westphalian turn*)

En relación a la dimensión de la autoridad, la insurgencia de un gobierno único sobre un determinado territorio subvierte la lógica de estructuras de múltiples autoridades que reivindicaban el ejercicio de su autoridad a

⁽¹⁵⁾ CAPORASO, James. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty. p. 10.

⁽¹⁶⁾ David Blaney y NaemInayatullah retratan la dificultad (imposibilidad) que las relaciones internacionales, consolidadas con base en el Sistema de Estados de matriz westfaliana, tienen para lidiar con el “otro”, considerando el carácter delimitador que la diferenciación nosotros-ellos opera a partir de la metáfora recurrente de las fronteras y de la idea excluyente de ciudadanía. (Cf. BLANEY, David; INAYATULLAH, Naeem. The Westphalian deferral. In: CAPORASO, J (Org.). *Continuity and change in the Westphalian order*. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 29–64).

partir de diferentes fundamentos (costumbre, relaciones de confianza, naturaleza espiritual).

La estructura de regulación del Medioevo era muy compleja y se caracterizaba por un “enmarañado de órdenes superpuestas”, de modo que en un mismo espacio geográfico coexistían “diferentes instancias jurídicas entrelazadas y estratificadas, y abundaban situaciones de múltiples sujeciones, relaciones asimétricas de suzeranía y auténticos enclaves anómalos.”¹⁷ La pluralidad de autoridades cede lugar a la fijación de una cadena jerárquica de organización, en medio a la cual emerge el soberano como el legítimo garante del orden instituido.

En relación a la segunda *dimensión*, coexistía una profusión de órdenes que se estructuraban a partir de otros criterios que no eran la fijación en determinada base territorial, ya sea de carácter personal (relaciones de suzeranía y vasallaje), de naturaleza espiritual (dominio religioso sobre innumerables dimensiones de la vida privada de los fieles), o incluso de naturaleza mercantil (*lex mercatoria*).

A su vez, a partir de un progresivo proceso de organización administrativa acoplado a la estructura de dominación territorial de los obispados¹⁸ y desarrollado con base en la sedimentación de un cuerpo intermediario real de administración de la justicia, se fueron consolidando islas dispersas de autoridad en una misma cadena jerárquica de organización. Se afirma, de esta manera, el aspecto distintivo, a saber: el reconocimiento de “un” gobierno sobre determinado espacio, aplicable a todos los sujetos y a todas las relaciones económicas y sociales confinadas en su interior.

Por otro lado, en el plano de la *legitimidad*, la diferencia es sustancial. Ocurre un proceso de progresiva desacralización del dominio político que no resultó en un proceso de desteologización del Derecho Público, como advierte Carl Schmitt.¹⁹ El desarrollo de una racionalidad burocrática en el

⁽¹⁷⁾ BEAULAC, Stéphane. The Westphalian model in defining international law: challenging the myth. *Australian Journal of Legal History*, v. 8, n. 2, p. 181–213, 2004. p. 189.

⁽¹⁸⁾ La organización eclesiástica en bases territoriales y la actuación de los obispos en innumerables cuestiones como delegatarios reales proporcionaron, de acuerdo con el análisis de Bruce de Mesquita, las bases institucionales para la afirmación de la territorialidad, propia del modelo westfaliano. La interacción entre el dominio regio y la actuación eclesiástica tuvo lanzadas sus bases en la Querrela de las Investiduras en el inicio del siglo XII (finalizada con los concordatos de Worms y de Londres). Si esta contienda entre el poder temporal y eclesiástico termina con la afirmación del primado del Papado en lo referente a la nominación de las prelacías episcopales, sin embargo, acabó por establecer una especie de “derecho dominial regio” ejercido en relación al territorio de cada obispado. (Cf. MESQUITA, Bruce Bueno de. *Popes, kings, and endogenous institutions: the Concordat of Worms and the origins of sovereignty*. In: CAPORASO, J. (Org.). *Continuity and change in the Westphalian order*. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 93–118.)

⁽¹⁹⁾ SCHMITT, Carl. *Teología política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ámbito de la administración estatal, ahora profesionalizada, representa un giro significativo en el proceso de racionalización de los discursos sobre el poder y de provisión de parámetros para su aceptabilidad por parte de los gobernados.

Por último, en relación a la *construcción de identidades*, hay un cambio abrupto en el proceso de constitución de colectividades. En el Medioevo, los vínculos comunitarios estaban marcados, por un lado, por una relación de pertenencia a poblados y comunidades locales basada en lazos de solidaridad y de proximidad geográfica; por el otro, por la existencia de vínculos universales que, más allá de las particularidades locales, permitía el reconocimiento de una relación de pertenencia a una comunidad cristiana universal (cristiandad), cuya unidad estaba fundamentada y mantenida por la Institución del Papado.

Como fue antes destacado, el proceso de transición paradigmática resulta justamente del proceso de construcción de identidades nacionales, lo cual, pretendiendo alejar la existencia de cualquier autoridad que se impusiese desde fuera del cuerpo político nacional, pasa a constituirse por la construcción de vínculos formales entre los individuos (ciudadanos) y el Estado, entonces insurgente.

Así, la edificación de fronteras (físicas y simbólicas) en el proceso de afirmación del Estado territorial soberano posibilitó la demarcación de la comunidad política de “fuera hacia dentro” al afirmar la autoridad última del Estado dentro de sus dominios territoriales.²⁰ La demarcación del territorio, como se ve, es anterior a la propia idea de nacionalidad y evidencia que el confinamiento en determinado espacio geográfico representó una condición anterior a los demás lazos modernos de vinculación comunitaria (lengua, religión, historia compartida, factores simbólicos de agregación, entre tantos otros).

Este modelo organizativo se difundió ampliamente, no solo en Europa sino también a escala global.²¹ Paolo Cuttitta llama la atención hacia el hecho de que, mientras que la idea de identidad entre Nación y Estado (ínsita a los desarrollos del estado territorial) acabó siendo en cierta medida flexibilizada con la creación de estados multinacionales, el principio de la territorialidad, por su parte, permaneció intocable, ya que la titularidad sobre determinado territorio aún figura como condición necesaria para el reconocimiento de cualquier Estado.²² Esto es, el Estado ejerce su

⁽²⁰⁾ RUDOLPH, Christopher. Sovereignty and territorial borders in a global age. *The International Studies Review*, Malden; Oxford, Blackwell Publishers, v. 7, n. 1, p. 1–20, 2005. p. 4.

⁽²¹⁾ Cf. SPRUYT, Henrik. *The sovereignty state and its competitors*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

⁽²²⁾ CUTTITTA, Paolo. Points and lines: a topology of borders in global space. *Ephemera*:

jurisdicción exclusiva sobre determinado territorio, el cual es definido geográficamente por “fronteras rígidas y lineales”.

Tras la delimitación del alcance de la expresión “estado territorial soberano” y del papel desempeñado por las fronteras (físicas y simbólicas), se pasa a la etapa subsiguiente, que consiste en comprender de qué forma el concepto de soberanía proporciona las bases para el atrincheramiento de las relaciones constitutivas de la comunidad política en el seno del espacio territorial nacional.

III. LA DEMARCACIÓN DE LAS FRONTERAS JURÍDICAS DE LA SOBERANÍA NACIONAL

Tras identificar las bases de la organización del Estado territorial y escudriñar los fundamentos del reconocimiento de la soberanía como capacidad de decidir del soberano, incumbe aquí presentar la relación de la transmutación, hacia el interior del discurso jurídico, de la idea de frontera del propio Derecho.

Como fue visto, el principio de la territorialidad contribuyó decisivamente para la construcción de la identidad comunitaria con bases nacionales (identificación entre ciudadanía y nacionalidad) y la transmisión de reglas constitutivas del agrupamiento de autoridades (identificación entre Derecho y Estado). Como corolario de ello se pudieron construir innumerables mecanismos de distribución de competencias entre órganos gubernamentales y de controles institucionales (construidos a partir de la idea de frenos y contrapesos).

A diferencia de lo que puede parecer a primera vista, la idea de unidad sistemática del orden jurídico (nacional) no conduce inexorablemente a la constitución de estados totales,²³ ni siquiera a la negación de la diferencia intracomunitaria, ni tampoco a la equivocada asunción de que el principio de la no contradicción de las normas jurídicas resulta de una implicación lógica de la propia noción de sistema.

Lo que la noción de “estado territorial soberano” permite inferir es que, independientemente de la existencia de límites a la actuación del Estado en relación a la sociedad, cuando ocurre el conflicto entre autoridades el Estado puede avocar la prerrogativa de poder dictar la palabra final.²⁴ Con

theory and politics in organization. v. 6, n. 1, p. 27–39, 2006. p. 28.

⁽²³⁾ En este sentido, es avasalladora la crítica de Hans Kelsen (*O Estado como integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003) así como la de Carl Schmitt (*Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970) contra la idea del derecho como integración constante de la propuesta, influyente en el período weimariano, de Rudolf Smend (*Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985).

⁽²⁴⁾ CAPORASO, James. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and

esto, las fronteras artificiales del Estado pasan igualmente a demarcar su espacio de autonomía frente a su otro (la comunidad internacional en su totalidad).²⁵

Así, en el seno de los discursos de producción (y reproducción) del Derecho, se opera una especie de demarcación espaciotemporal que le confiere sentido a la realidad del Estado (al paso que la identifica al Derecho). Esta identidad lógica, al remitir al concepto teórico de soberanía del orden jurídico estatal,

(...) permite hablar tanto de validez última del orden jurídico como de soberanía del Estado, en el sentido de un proceso de imputación normativa, al final del cual se establecen las reglas fundamentales del derecho constitucional de un país.²⁶

La decisión soberana instituyente de un nuevo orden jurídico, cuando es traducida al lenguaje jurídico-constitucional, se convierte en la ingeniosa formulación de Siéyès de “poder constituyente”, un acto de fuerza pura que por su efectividad positiva en un orden jurídico, solamente como sistema jurídico, puede ser considerada soberana.

Siguiendo el camino recorrido por Ari Solon, y sin coincidir con las conclusiones finales a las que llega,²⁷ es posible identificar en el embate trabado entre las posiciones antagónicas de Kelsen y Schmitt, una serie de elementos comunes que, eliminando las posiciones extremadas que caracterizan la postura de los autores (soberanía como norma y soberanía como decisión), evidencian dos aspectos de vital importancia para la comprensión de la operatividad de la idea de unidad sistemática del derecho, contemporáneamente traducida en la percepción de una doble naturaleza del derecho, como facticidad y como validez. Esta doble acepción es resultado de la inamovible referibilidad de las normas jurídicas al mundo del ser.

Pasar a comprender la soberanía a partir del reconocimiento de esta ambivalencia constitutiva en el ámbito interno, tanto en cuanto norma como en cuanto decisión, presupone el reconocimiento de una tensión existencial entre la noción de supremacía ínsita a la soberanía nacional y la idea reguladora de su subordinación al orden internacional.

sovereignty. pp. 1–28.

⁽²⁵⁾ Cf. WALKER, Rob. The double outside of the modern international. *Ephemera: theory and politics in organization*. v. 6, n. 1, p. 56–69, 2006.

⁽²⁶⁾ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 199.

⁽²⁷⁾ La principal objeción hecha en relación a la tesis de Ari Solon consiste en la cuestión central por él defendida, según la cual es indispensable que sea reconocida la imprescindibilidad de un *principium unitatis* que funcione como punto de imputación de validez de todo el sistema. (SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. p. 200). De acuerdo con las ideas aquí defendidas, la reducción interpretativa a una única autoridad no se satisface con los retos presentados sobre el derecho y sobre la constitución, resumidos en los capítulos tercero y cuarto.

Ambos reduccionismos, del derecho a la política (decisión) y de la política al derecho (norma), no parecen adecuados para trabajar con el vínculo que se pretende establecer entre la teoría de la soberanía y la edificación de las fronteras del edificio jurídico. Primero, porque no logran eliminar la tensión irreductible entre norma y decisión, entre supremacía del orden internacional y del orden interno, dada la naturaleza aporética de la relación entre la soberanía estatal y las demandas del sistema de estados (que hacen posible la reivindicación de la soberanía). Segundo, porque ambas construcciones teóricas poseen como corolario necesario la demarcación de las fronteras entre el derecho interno y el universo jurídico más allá del Estado, reconociendo la existencia en el interior del Estado territorial de un orden jurídico vigente dotado de unidad sistemática, ya que se lo inviste de “un mismo punto final de imputación de todas las reglas, como una fuerza única, concéntrica en el sistema”.²⁸

Confrontado con la dificultad contemporánea de enfrentarse a la cuestión que gira alrededor de la unidad normativa del sistema jurídico en medio a la existencia de múltiples fuentes normativas no estructuradas jerárquicamente, Ari Solon indica que una teoría de la soberanía, ante tales retos, aun así no puede prescindir de un *principium unitatis* del sistema, debiendo reconocer “el hecho de la unidad del derecho de preservar en la diversidad de la experiencia jurídica y en la heterogeneidad de sus fuentes” su “identidad formal”.²⁹

Aparece, por lo tanto, una de las *ideas centrales del rol de la constitución en su relación con la soberanía*: la consagración de la idea estructurante de unidad sistemática, o incluso de jerarquía normativa, como característica distintiva del derecho nacional y elemento caracterizador de la naturaleza soberana del sistema de normas por él transmitido. Sin embargo, hay un sinnúmero de desafíos contemporáneos que concurren para una desestructuración del modo de organización política propio del Estado territorial, o tal vez, por lo menos, hacia la necesidad de rearticulación interna de la forma en la que se interrelacionan sus elementos constitutivos.

⁽²⁸⁾ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. p. 200.

⁽²⁹⁾ “Si todo aglomerado de decisiones puede ser atribuido a una autoridad suprema en el vértice de un proceso dinámico que, metafóricamente, es la voluntad del Estado, pero en la realidad, abstrayendo todo elemento personal y psicológico, es la última regla de imputación normativa. [...] Mientras que la aglomeración de normas, que pueden incluso presentar conflictos, pueda ser reconducida a ‘un mismo punto final’, nos encontramos delante de la continuidad formal del derecho; el sistema es soberano, aun frente a cadenas normativas que sufren rupturas continuas. Si hay discontinuidad, la unidad deja de estar asegurada si la norma-origen constituida por una decisión fundamental sobre la forma de la producción y variación de las demás normas es violada por vías no previstas en el propio sistema. En ese caso no se está más ante el mismo sistema normativo, sino de otro orden jurídico.” (SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. p. 201).

V. CONSIDERACIONES FINALES

A título de esfuerzo conclusivo, se puede comprender que el modelo de Estado territorial soberano se fundamenta en la idea de que las cuestiones relativas a la justa ordenación de las relaciones sociales son suscitadas y respondidas solamente en el interior de los Estados soberanos, y en menor medida entre Estados soberanos con territorios, poblaciones y gobiernos (comunidades políticas) mutuamente excluyentes.

Las cuestiones relativas a la justa ordenación social involucran los aspectos relacionados a la justa representación, a la justa distribución de bienes, al justo reconocimiento y al justo tratamiento, y son transmitidas discursivamente a través de reglas jurídicas fijadas de forma convencional, sobre todo por el Estado. Estas normas son concebidas sistemáticamente como órdenes normativas estructuradas y producidas en ámbitos de validez diferenciados: en el plano interno, con base en el Derecho Constitucional estatal (derecho nacional); en el plano externo, con base en el Derecho Internacional (derecho de los Estados nacionales).

Así, en el ámbito interno, la constitución permite la demarcación de las fronteras del orden jurídico nacional, puesto que en su calidad de centro de imputación de autoridad normativa (estatal) posibilita su estructuración mediante el encadenamiento jerarquizado de centros emisores de órdenes normativas (corporificado en el modelo piramidal de Kelsen). La comprensión sistemática del derecho permite la inferencia, como aspectos constitutivos del ordenamiento jurídico (nacional), de los postulados de la unidad, de la completitud y de la coherencia sistémica.

A partir de estas premisas, es posible realizar un esfuerzo de identificación del *nacimiento de la teoría constitucional* a la consagración de al menos dos funciones que pueden ser atribuidas a la constitución: las funciones de organización del poder y de las libertades (constitución como factor de integridad) y de valoración del ejercicio del poder (constitución como factor de integración).

Contemporáneamente, se constata que la Constitución (nacional) se ve confrontada por innumerables retos que ponen en jaque su normatividad y el papel por ella desempeñado.

En relación al acoplamiento entre territorio y autoridad (base estructurante del modelo de “estado territorial soberano”), se encuentra en marcha un proceso progresivo de desvinculación entre estos elementos en el ámbito de los Estados. Este desacoplamiento es tamaño que los Estados, según James Caporaso, ven disminuida su capacidad de resistencia a la autoridad externa; no se trata de mera influencia política, sino de la imposibilidad concreta de que las instituciones nacionales puedan revertir la autoridad

de la ordenación producida fuera del Estado.³⁰ Por consiguiente, lo que se vislumbra es una creciente imposibilidad de “excluir la autoridad externa”.

Estos diferentes procesos conducen a lo que se ha convenido en denominar insurgencia de un espacio de transnacionalización del universo jurídico, en el curso del cual las estructuras de autoridad del orden jurídico doméstico son colocadas en jaque por estructuras de autoridad de otros niveles no estatales.

Lo que está en cuestión, por lo tanto, no es precisamente la creación de un Estado cosmopolita o global, sino un entrelazamiento de relaciones entre autoridades domésticas y externas y una predisposición a la aceptación de una u otra autoridad, de acuerdo con la naturaleza del problema que se plantea.

Estas tensiones desembocan en el debate acerca del lugar de la Constitución en los discursos de legitimación del derecho y se materializan en esfuerzos de desterritorialización de la noción de constitución y del tránsito de su idea motriz (de ordenación social) hacia otros espacios de regulación no estatales.

La porosidad de las fronteras geográficas y la construcción de nuevas fronteras simbólicas no estructuradas en términos territoriales revelan la existencia de procesos no coordinados y parcialmente superpuestos que exigen una reinención de los modelos teóricos de organización de la política y del Derecho. Tales procesos concurren para la pérdida de la centralidad de la idea de territorialidad y para el desarrollo de modelos de comprensión de la soberanía en términos de coparticipación.

A pesar de los desafíos relatados, se defiende que las funciones de organización y de valoración modernamente atribuidas a la Constitución (consustanciadas aquí en las expresiones constitución como factor de integridad y de integración de la comunidad política) permanecen operativas siempre que los múltiples discursos sobre la constitución sean formulados, en estrecha preocupación con la preservación de las diferencias. Se trata pues de un compromiso que se traduce en la formación de redes de interacción superpuestas y en la necesidad de ampliación de los mecanismos de diálogo institucional entre diferentes actores (sobre todo aquellos ubicados fuera del Estado).

Trabajar con estos mecanismos de diálogo y de interacción es uno de los principales retos que se le plantean a la comprensión del rol a ser

⁽³⁰⁾ James Caporaso llega a afirmar que las fronteras territoriales y las estructuras de autoridad domésticas han sufrido un proceso creciente de desacoplamiento; que las autoridades externas rutinariamente invaden el espacio reservado al ordenamiento jurídico de los estados nacionales (en particular, en los procesos de integración regional); que el aparato decisorio de las instituciones nacionales viene siendo “amenazado” por prácticas de instituciones supranacionales, en especial a través de mecanismos de *judicial review* que subvierten dramáticamente la idea de capacidad última de decidir reconocida por el Sistema de Westfalia a los Estados soberanos.

desempeñado por la Constitución, cuya “fuerza” no se asienta sobre la noción de soberanía estatal (autoridad), sino en la capacidad de producir acuerdos sustantivos sobre las expectativas acerca de la “justa ordenación” (legitimidad).

Bibliografía citada

- BEAULAC, Stéphane. The Westphalian model in defining international law: challenging the myth. *Australian Journal of Legal History*, v. 8, n. 2, p. 181–213, 2004.
- BLANEY, David; INAYATULLAH, Naeem. The Westphalian deferral. In: CAPORASO, J (Org.). *Continuity and change in the Westphalian order*. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 29–64.
- CAPORASO, James. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty. In: _____ (Org.). *Continuity and change in the Westphalian order*. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 1–28.
- CASELLA, Paulo Borba [2009]. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CUTTITTA, Paolo. Points and lines: a topography of borders in global space. *Ephemera: theory and politics in organization*. v. 6, n. 1, p. 27–39, 2006.
- ESTEVES, Paulo. Para uma genealogia do Estado territorial soberano. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 15–32, nov. 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone [1999]. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KELSEN, Hans. *O Estado como integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRASNER, Stephan. Sharing sovereignty: new institutions for collapsed and failing states. *International security*, v. 29, n. 2, p. 85–120, fall 2004.
- LITFIN, Karen T. Sovereignty in world ecpolitics. *Mershon International Studies Review*, The International Studies Association, v. 41, n. 2, p. 167–204, nov. 1997.
- MACCORMICK, Neil. *Questioning sovereignty: law, state, and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MESQUITA, Bruce Bueno de. Popes, kings, and endogenous institutions: the Concordat of Worms and the origins of sovereignty. In: CAPORASO, J. (Org.). *Continuity and change in the Westphalian order*. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 93–118.
- PHILPOT, Daniel. *Revolutions in sovereignty: how ideas shapped modern international relations*. Princeton, Princeton University Press, 2001.
- RUDOLPH, Christopher. Sovereignty and territorial borders in a global age. *The International Studies Review*, Malden; Oxford, Blackwell Publishers, v. 7, n. 1, p. 1–20, 2005.

- RUGGIE, John Gerard. Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations. *International organization*, Cambridge Journals, v. 47, n. 1, p. 139–174, Winter, 1993.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- SPRUYT, Henrik. *The sovereignty state and its competitors*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- WALKER, Rob. The double outside of the modern international. *Ephemera: theory and politics in organization*. v. 6, n. 1, p. 56–69, 2006.

ANOTACIONES SOBRE LA VIGENCIA DEL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

Boris Wilson Arias López *

SUMARIO. I. El sentido de la codificación. II. Las acciones, recursos, conflictos, consultas constitucionales y el código procesal constitucional. III. A modo de conclusión.

I. EL SENTIDO DE LA CODIFICACIÓN

Las codificaciones emergieron en el ámbito privado a partir del célebre Código Napoleón de 1804, estatuyendo a la ley como la fuente exclusiva y excluyente del derecho, principalmente frente a la costumbre, de esta manera se propuso superar el “caos” normativo entonces existente.

La idea de un código era que permitiría a los operadores de justicia y ciudadanos ahorraren tiempo en la búsqueda del derecho aplicable a un caso concreto, pues los mismos no deberían buscar otras leyes o acudir a otras fuentes del derecho, en este sentido bastaba un solo texto: el código.

En efecto, un código debe tener la pretensión de completitud, de forma que no se requiera acudir a otras leyes o normativa. En este sentido la codificación a diferencia de la “recopilación”, implica que un código no es la suma de normas sino la racionalización, ordenación y organización

(*) Abogado, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (2008), docente universitario pregrado y postgrado. Postulante al Doctorado en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. borisito55@hotmail.com

de una materia —v.gr. civil, penal, etc.— de ahí que implica una previa clasificación de materias.

En Bolivia la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política del Estado de 2009, dispuso: “La Asamblea Legislativa Plurinacional sancionará, en el plazo máximo de ciento ochenta días a partir de su instalación, la Ley del Órgano Electoral Plurinacional, la Ley del Régimen Electoral, la Ley del Órgano Judicial, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización”, en desarrollo de dicho mandato constitucional se promulgó el 6 de julio de 2010 la Ley No. 027 o Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, la cual disponía en su Disposición Transitoria Tercera que: “En un plazo no mayor de dos años de publicada la presente Ley, se promulgará el Código de Procedimientos Constitucionales”, para finalmente el 5 de julio de 2012, promulgarse la Ley No. 254 o “Código Procesal Constitucional”.

Ahora bien, si se parte de la idea de que existe una ordenación en las leyes de forma que toda ley también distribuye sus normas por materias, se tiene que la creación de un Código debe diferenciarse por su amplitud; es decir y se reitera, por la pretensión de que el mismo agote la materia, aspecto que no necesariamente sucede con el Código Procesal Constitucional boliviano, así por ejemplo un ciudadano o un estudiante que quiera conocer las autoridades competentes para conocer y resolver una acción de libertad debe acudir:

Primero: Al art. 125 de la Constitución Política del Estado de 2009, que establece que debe plantearse ante “...cualquier juez o tribunal competente en materia penal...”.

Segundo: El art. 32 del Código Procesal Constitucional de 5 de julio de 2012, reitera la norma fundamental al establecer que la competencia para conocer acciones de libertad corresponde a: “...cualquier Jueza, Juez o Tribunal competente, en Materia Penal...”

Tercero: Considerar que de manera expresa por el art. 53.5 del Código de Procedimiento Penal modificado por la Ley No. 007 de 18 de mayo de 2010, que los jueces de sentencia tienen competencia para conocer “La Acción de Libertad, cuando sea planteada ante ellos”.

Cuarto: Tomar en cuenta que la SCP 0996/2012 de 5 de septiembre, estableció: “Respecto al lugar de planteamiento de la acción de libertad se tiene que la Constitución, hace mención a: “...cualquier juez o tribunal competente en materia penal...”, es decir que únicamente hace referencia a la competencia en razón de materia pero no a la competencia en razón de territorio, pese a ello la Constitución Política del Estado, establece que una vez señalada la audiencia en el término de su art. 126.I de la CPE, “La autoridad (...) dispondrá que la persona accionante sea conducida a su

presencia o acudirá al lugar de la detención...”, de lo cual puede concluirse inicialmente la demanda de acción de libertad deberá plantearse ante un juez o tribunal penal geográficamente cercano al lugar de la detención en virtud al principio de inmediación y el derecho a la defensa material del accionante”.

Y que: “...respecto a personas supuestamente perseguidas o amenazadas en su libertad y considerando los principios pro homine y el principio de informalismo, es posible el planteamiento de la acción de libertad ante el juez o tribunal penal que le resulte más accesible al accionante porque no es conforme al derecho de acceso a la justicia y los principios que rigen a la acción de libertad entender que el accionante para plantear la acción de libertad deba efectuar erogaciones económicas y trasladarse al lugar en el cual se encuentre el proceso que originó en su criterio la amenaza a su libertad, lo contrario implicaría una interpretación restrictiva del art. 125 de la CPE, e ignorar que el Estado debe contar con una estructura capaz de responder en todo el territorio en el que ostenta soberanía las supuestas vulneraciones a derechos y garantías”.

Quinto: Conforme el art. 32 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de 6 de julio de 2010, es competencia de las salas del órgano de control de constitucionalidad conocer en grado de revisión las resoluciones de los jueces y tribunales de acción de libertad.

Es decir, desde la Constitución del 2009, se emitieron varias leyes y jurisprudencia que regulan la materia y en este contexto la presencia de un Código Procesal Constitucional no necesariamente puede resultar idóneo para resolver el acceso a la justicia constitucional si el ciudadano debe investigar entre diferentes normas los supuestos de procedencia y procedimiento de las acciones constitucionales.

Por otra parte si bien en Francia el Código Civil se enfrentó a caos normativo y coadyuvó a la construcción del Estado “nacional”, se tiene que en un Estado como el boliviano que reconoce ampliamente la diversidad cultural no se llega a determinar con claridad cómo el Código Procesal Constitucional elaborado en idioma castellano armoniza la visión occidental del derecho con los procedimientos y el reconocimiento de las autoridades indígena ordinario campesinas, que conforme al art. 179.II de la Constitución, gozan de la misma jerarquía que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

En este contexto el presente trabajo tras explicar brevemente el extenso listado de acciones, demandas y recursos constitucionales en Bolivia, desarrolla un breve comentario del Código Procesal Constitucional boliviano.

II. LAS ACCIONES, RECURSOS, CONFLICTOS, CONSULTAS CONSTITUCIONALES Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. La organización del Tribunal Constitucional Plurinacional

El Código Procesal Constitucional boliviano tiene 152 artículos y se regula por los siguientes principios (1) Conservación de la norma,¹ (2) Dirección del proceso,² (3) Impulso de oficio, (4) Celeridad, (5) No formalismo,³ (6) Concentración, (7) Motivación y (8) Comprensión Efectiva de las decisiones del órgano de control de constitucionalidad.

Dichos principios no son excluyentes de los contenidos en la Constitución⁴, pues el Código Procesal Constitucional también debe interpretarse conforme a la Constitución, así por ejemplo la SCP 1418/2013 de 16 de agosto, declaró constitucional el art. 81 del Código Procesal Constitucional que establece: “La Acción de Inconstitucionalidad Concreta podrá ser presentada por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la Sentencia”, siguiendo el entendimiento de la SCP 0646/2012 de 23 de julio, que estableció que la garantía del debido proceso alcanza al derecho a ser juzgado por una norma constitucional de forma que: “...cuando se hace referencia a la acción de inconstitucionalidad concreta, corresponde interpretar el término proceso en su vertiente más amplia que abarca y conglobera a procesos y procedimientos judiciales

⁽¹⁾ Referida a que ante la existencia varias interpretaciones posibles corresponde elegir la que sea compatible con la Constitución.

⁽²⁾ Los jueces constitucionales no sólo deben conducir la intervención de las partes sino “... establecer los actos correctivos necesarios”; en este sentido, la SCP 0684/2013 de 3 de junio, estableció: “...ante la eventualidad del quebrantamiento del procedimiento y formas propias de cada proceso constitucional, cuya lógica consecuencia sea la verificación de la lesión a derechos fundamentales y garantías constitucionales y no así la mera constatación del incumplimiento de las formas procesales, el legislador ordinario ha previsto en el art. 3.2 del CPCo, la posibilidad de que las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional así como las Juezas, los Jueces y Tribunales de garantías, puedan legítima y excepcionalmente proceder a la autocorrección necesaria de los procesos constitucionales; es decir, la corrección de los actos propios de la justicia constitucional, precisamente, esto, en la medida que se verifique la comprobación de defectos ostensibles y trascendentales que implique violaciones ciertas al debido proceso, potencializando con ello, el principio de seguridad jurídica y la certeza en la aplicación del Derecho, vitales en el ejercicio de la labor de la justicia constitucional, que transparentando sus propios errores procesales (art. 8.II de la CPE), los reencausa o repone...”.

⁽³⁾ Referido a que: “...sólo podrán exigirse aquellas formalidades estrictamente necesarias para la consecución de los fines del proceso”.

⁽⁴⁾ A manera de ejemplo el Art. 180.1 de la Constitución boliviana establece: “La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez”, principios que también rigen a la justicia constitucional.

y administrativos, ello en razón a que: 1) Si bien el incidente de inconstitucionalidad proviene de una situación particular, el interés de sanear el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales trasciende el interés particular y alcanza al colectivo; —orden público constitucional— y, 2) Un entendimiento reducido del término proceso en el marco de la acción de inconstitucionalidad concreta, no resultaría acorde con el derecho de acceso a la justicia y el principio pro actione...”.

En todo caso debe observarse que el mandato constitucional somete al Tribunal Constitucional Plurinacional a la Constitución y no a la ley, de ahí su competencia para declarar la inconstitucionalidad del propio Código Procesal Constitucional como sucedió con la otrora Ley del Tribunal Constitucional o Ley No. 1836 —ahora abrogada— la cual a través de la SC 062/2000 de 30 de agosto, fue declarada inconstitucional en su art. 100, porque se entendió que el plazo de 48 horas para llevar a cabo la audiencia de amparo constitucional no debía computarse desde la providencia de admisión del recurso como establecía la referida norma porque ello generaba indefensión a la parte demandada en la medida en la cual la misma no tendría tiempo suficiente para preparar su defensa de manera adecuada.

En lo referente a la organización del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia el mismo se compone de siete magistrados titulares que hacen:

- *Sala Plena* encargada de conocer: (1) Acciones de inconstitucionalidad concreta, (2) Acciones de inconstitucionalidad abstracta, (3) Conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público, conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas, (4) Recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución, (5) Recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, (6) Consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, (7) El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales, (8) La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución, (9) Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental, (10) Los recursos directos de nulidad, y (11) Procesos avocados.

- De forma rotativa tres de sus magistrados conforman la *Comisión de Admisión* competente para conocer solicitudes de adelantamiento de sorteos, solicitudes de medidas cautelares, las excusas de los magistrados, resolver la admisión o rechazo de demandas, recursos, acciones, conflictos de competencias planteados al pleno del Tribunal Constitucional Plurinacional, efectuar el sorteo de demandas, recursos, acciones, conflictos de competencias hacia los diferentes despachos y conocer en impugnación el rechazo dispuesto por jueces y tribunales de garantías a acciones de amparo constitucional, de protección de privacidad, populares y de cumplimiento.
- Cada Sala se encuentra compuesta por dos magistrados, conformándose en total *tres salas*, las cuales tienen competencia para conocer acciones: 1) De libertad, 2) De amparo Constitucional, 3) De protección de privacidad, 4) Popular y 5) De cumplimiento.
- La *primera de sus salas* es la especializada en materia indígena originaria campesina, y además conoce de manera exclusiva las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas propias en un caso concreto.
- El *Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional* básicamente realiza actividades de naturaleza administrativa, forma parte de Sala Plena y dirime las causas cuando en las salas compuestas de dos magistrados no exista consenso.

En este marco las atribuciones que le confiere la Constitución a los magistrados son bastas, con plazos extremadamente cortos, así regularmente se procede a sortear por semana aproximadamente dieciocho expedientes por magistrado, de esta forma un magistrado debe emitir alrededor de siete sentencias constitucionales por día de diferentes materias (civil, penal, administrativo, etc.), pero si además es miembro de la Comisión de Admisión debe emitir al menos tres autos constitucionales por día de acuerdo a la cantidad de ingresos, pero además si es presidente de la Comisión de Admisión debe despachar por día entre 20 a 50 decretos que resuelvan apersonamientos y solicitudes de mero trámite, carga procesal que sin duda afecta a la calidad de las sentencias.

Por otra parte, conforme el art. 10 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional emite: 1) Sentencias que son aquellas que: *Resuelven las acciones, demandas y recursos, así como en revisión las acciones de defensa*, 2) Declaraciones que: *Son adoptadas en caso de control previo o consultas realizadas al Tribunal Constitucional Plurinacional*, 3) Autos constitucionales que: *Son decisiones de admisión o rechazo, desistimiento, cumplimiento y otras que se emitan en el desarrollo del proceso*.

Respecto a la notificación de dichas decisiones el art. 12.I del Código Procesal Constitucional, establece que: “Las sentencias, declaraciones y autos constitucionales serán notificados, mediante cédula, en las oficinas de notificaciones del Tribunal Constitucional Plurinacional”, es decir, en la ciudad de Sucre en ambientes del órgano de control de constitucionalidad y no en domicilio señalado, mientras que el art. 12.II de la misma norma, determina que además se: “...hará conocer a las partes (...) en la cuenta personal de correo electrónico, el contenido de las sentencias, autos y Declaraciones Constitucionales...”, sin que hasta la fecha se hubiese procedido a implementar las notificaciones por correo electrónico.

Entonces, en los hechos las partes procesales están obligadas a efectuar un seguimiento constante a las causas que tramitan, de forma que las partes procesales del interior del país que no cuenten con un representante legal o suficientes recursos económicos para pagar un abogado en la ciudad de Sucre que efectúe el referido seguimiento no pueden efectuar solicitudes de complementación, enmienda y aclaración a las decisiones constitucionales que corresponde efectuarse en el término de cuarenta y ocho horas conforme el art. 13.II del Código Procesal Constitucional, por ejemplo para pedir la calificación de costas.

Por otra parte y respecto a las notificaciones de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional se tiene que el art. 203 de la Constitución, prescribe que: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”, de ahí la doctrina diferenció la noción de *obligatoriedad* de la decisión referido a la parte resolutive de la decisión, la cual adquiere la calidad de cosa juzgada desde su notificación y cuyo incumplimiento por las partes procesales acarrea sanciones incluso penales, y la noción de *vinculatoriedad* que recae en la llamada *ratio decidendi* o razón de la decisión que se ubica en la parte de fundamentos jurídicos del fallo y que refiere al efecto trascendente de la determinación sobre otros casos o problemáticas con supuestos fácticos similares. La vinculatoriedad en este sentido se genera desde la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En este sentido el art. 19 del Código Procesal Constitucional, señala que a efectos de la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional existirá una Gaceta ello independientemente “... de los mecanismos electrónicos...”, en este sentido, al existir un nuevo ordenamiento tanto constitucional como legal en Bolivia se está produciendo una gran variedad de cambios y modulaciones jurisprudenciales, las cuales sin una debida publicidad podrían generar inseguridad jurídica

entendida como: "...la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones..." (SC 0287/1999-R), de ahí la importancia de que la página de internet del órgano de control de constitucionalidad muestre la fecha exacta de la publicación de una sentencia y se haga una sistematización de la misma accesible a los operadores de justicia aspectos que todavía se producen hoy día, de forma que por una parte no se conoce desde cuando se produjo la modificación o modulación de la jurisprudencia ni es fácil identificar la jurisprudencia vigente.

2. Las acciones constitucionales, demandas y recursos constitucionales

En lo referente a las acciones constitucionales, la jurisprudencia constitucional diferenció entre: (1) Acciones de control normativo que referirían a la confrontación entre dos normas jurídicas siendo una de ellas la Constitución Política del Estado; (2) Acciones de control del ejercicio del poder político que supervisa la distribución de competencias efectuada por el legislador constituyente entre los diferentes órganos constituidos; y, (3) Acciones de control del ejercicio de los derechos humanos y fundamentales en su dimensión subjetiva.⁵

Es competencia de la Sala Primera Especializada el conocer las *consultas de autoridades indígena originaria campesina sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto* planteado por cualquier autoridad indígena originaria campesina que conozca el caso concreto siendo esta competencia de la Sala Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional, para ello debe explicarse la duda que se tenga sobre la constitucionalidad de la norma declarándose la aplicabilidad o no de la norma consultada, en este sentido conforme el art. 132.II del Código Procesal Constitucional, indicó que: "La declaración tendrá sólo carácter vinculante y obligatorio para las autoridades de la Nación o Pueblo Indígena Originario Campesino consultante".

En lo referente a la tramitación de las acciones de amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular, su interposición debe efectuarse de manera escrita mientras que la acción de libertad regida

⁵ Al respecto la SCP 646/2012 de 23 de julio, encontró dicha diferenciación artificial, así sostuvo: "Dicha clasificación tiene como propósito facilitar el uso de las diversas acciones constitucionales, es decir, es meramente pedagógica, ello porque en general -aunque no única, ni exclusivamente- el sentido de la Constitución Política del Estado se orienta a la protección los derechos. Así por ejemplo, una acción abstracta de inconstitucionalidad, si bien no se encuentra clasificada como una acción tutelar puede activarse en protección a los derechos en su dimensión objetiva o si se considera que el recurso directo de nulidad clasificada habitualmente como componente que hace al control del ejercicio del poder político resguarda en definitiva la garantía prevista en el art. 122 de la CPE".

por el principio de informalismo puede interponerse de manera escrita u oral, caso último en el cual corresponde elaborar un acta de la solicitud por el secretario del juzgado respectivo.

Respecto a las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular, el art. 35 del Código Procesal Constitucional, establece que la Jueza, Juez o Tribunal señalará día y hora para audiencia pública disponiendo la notificación personal o por cédula de la parte accionada y en su caso determinará las medidas cautelares.

Una vez celebrada la audiencia oral y resuelta la acción constitucional por el juez o tribunal de garantías en el asiento judicial respectivo, corresponde que la decisión y sus antecedentes sean remitidas de oficio al Tribunal Constitucional Plurinacional en la ciudad de Sucre en el término de veinticuatro horas para su correspondiente revisión por el máximo órgano de control de constitucionalidad, que para emitir la correspondiente sentencia constitucional cuenta con veinte días en acciones de libertad y treinta días en acciones de amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular pudiéndose en este sentido confirmar o revocar en todo o en parte la decisión de los jueces o tribunales de garantías.

Al respecto de las acciones conocidas por jueces y tribunales de garantías y revisadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, tenemos que:

La *acción de libertad* conforme el art. 125 de la Constitución Política del Estado y el art. 47 del Código Procesal Constitucional, puede interponerse cuando una persona creyere que: (1) Su derecho a la vida está amenazada; (2) Está ilegalmente perseguida; (3) Está indebidamente procesada; y, (4) Está indebidamente privada de libertad personal.

La *acción de amparo constitucional* procede: "...contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley" (art. 128 de la Constitución), en este sentido, para su interposición debe agotarse los recursos idóneos que ofrece el ordenamiento jurídico e interponerse la acción en el término máximo de seis meses desde agotadas las instancias o desde conocido el hecho.

La *acción de protección de privacidad* que conforme al art. 58 del Código Procesal Constitucional: "...tiene por objeto garantizar el derecho de toda persona a conocer sus datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, que se encuentre en archivos o bancos de datos públicos o privados; y a objetar u obtener la eliminación o rectificación de éstos cuando contengan errores o afecten a su derecho a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación".

La *acción de cumplimiento* cuyo objeto conforme el art. 64 del Código Procesal Constitucional, es la de: "...garantizar la ejecución de la norma constitucional o legal, cuando es omitida por parte de Servidoras o Servidores Públicos u Órganos del Estado".

La *acción popular* que conforme al art. 135 de la Constitución procede "...contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución".

En ese contexto legal, se tiene que entre algunas de las dificultades que se tuvieron en su aplicación práctica, la acción de amparo constitucional — que en Bolivia cuenta con una amplia tradición desde 1967, cuando fue introducida en la Constitución — en los hechos tanto en la teoría como en la tramitación absorbió a la acción de cumplimiento, popular y de protección de privacidad quitándoles su individualidad. Así por ejemplo el Tribunal Constitucional Plurinacional, utilizó el principio de inmediatez; es decir, el término de seis meses para interponer acciones de amparo constitucional⁶ para rechazar acciones de cumplimiento cuando lo que se busca con dicha acción es el cumplimiento de la Constitución y la ley, de ahí que mientras exista un deber omitido y una norma vigente debería existir la posibilidad de su interposición, o en la misma acción de cumplimiento utilizó el principio de subsidiariedad referido al agotamiento de instancias cuando no se pide como en el amparo constitucional el resguardo de un derecho subjetivo sino el cumplimiento de una norma constitucional o legal⁷, lo que ha convertido a las otras acciones constitucionales prácticamente en amparos específicos, sin que el Código Procesal Constitucional hubiese coadyuvado a tiempo de su configuración legal a otorgarles autonomía frente a la acción de amparo constitucional.

⁶ El art. 129.II de la Constitución establece: "La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial".

⁷ El AC 001/2012-RCA-SL de 11 de abril, estableció: "De la compulsa de los antecedentes se puede evidenciar que el accionante, no estableció con claridad y precisión que autoridad o funcionario público incumplió con una disposición constitucional o legal en el caso concreto. Por otro lado, señala que para la atención de su denuncia la Fiscal de Distrito encomendó el caso penal a un Fiscal de Materia, quien hubiera incurrido en incumplimiento de sus deberes. Sin embargo, ante esta situación el accionante debió acudir con su reclamo ante la Fiscal de Distrito, solicitando que imparta instrucción, para que el Fiscal de Materia cumpla con su obligación, atribución que está prevista en el art. 53 de la LOMP, ó también podía poner en conocimiento su queja ante el Juez de garantías, pero no debió acudir directamente a la vía de la acción de cumplimiento que como se tiene señalado, siendo una de sus características principales la subsidiariedad".

Existen diferentes factores institucionales que impiden llevar a cabo y realizar a plenitud el texto de la Constitución, así por ejemplo en la acción de libertad el art. 125 de la norma fundamental, dispone que debe señalarse la audiencia respectiva en el término de veinticuatro horas, sin embargo existen instituciones como el Ministerio Público que si bien tienen fiscales de turno, prácticamente cierran sus puertas los fines de semana o los feriados, de forma que las acciones de libertad interpuestas a final del día vienes no se pueden notificar a las autoridades demandadas, aspecto que también sucede en vacación judicial respecto a los jueces penales, entonces, o debe esperarse hasta el lunes o debe resolverse sin prueba.

También se tienen problemas interpretativos, por ejemplo el art. 30.I.1 del Código Procesal Constitucional, refiere que los jueces y tribunales de amparo constitucional verificarán los requisitos de admisibilidad y que: “En caso de incumplirse... (se) dispondrá la subsanación en el plazo de tres días a partir de su notificación. Cumplido el plazo y no se hubiera subsanado la observación, se tendrá por no presentada la acción”, al respecto la jurisprudencia anterior sostiene que cuando se interpone en el término de los seis meses establecidos por el art. 129.II de la Constitución, una demanda de amparo y la misma es rechazada, el tiempo de su tramitación se suspende pudiendo la parte procesal volver a interponer otra acción constitucional en el tiempo del término de que le resta;⁸ sin embargo, la frase “...por no presentada”, resulta confusa respecto a su idoneidad para interrumpir dicho plazo.

Por otra parte, no es claro el código si el rechazo por la falta de requisitos de forma establecidos en el art. 33 del Código Procesal Constitucional, posibilita su impugnación ante la Comisión de Admisión, así el art. 30.I.2 de la mismo Código, determina respecto a la demanda de amparo constitucional que: “Si se cumpliese lo establecido en el Artículo 53 o Artículo 66 del presente Código, mediante auto motivado, se declarará la improcedencia de la acción que se notificará a la parte accionante, para que en el plazo de tres días presente impugnación a la resolución asumida”, del cual emergió el AC 0245/2013-RCA de 5 de noviembre, que mantuvo un entendimiento hasta ahora aislado que sostiene: “...sólo el auto motivado de improcedencia por asistencia de las causales previstas por el art. 53 del CPCo, puede ser objeto de revisión por parte de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, no así la Resolución que declara

⁸ Respecto a que el plazo de seis meses se suspende con la interposición de un amparo cuya resolución no ingresó al fondo del asunto debiendo interponerse el nuevo amparo constitucional en el tiempo restante se tiene a los AACC 0007/2010-RCA, 0099/2010-RCA, 0059/2010-RCA, 0158/2010-RCA, 0231/2010-RCA, 0300/2010-RCA-BIS, 0299/2010-RCA y SC 0377/2010-R, entre otros.

por no presentada la acción por incumplimiento de los requisitos de forma, que es lo que ocurre en el caso de análisis, por lo que no corresponde revisar la Resolución...”.

Finalmente, en este punto se tiene que el art. 113.I de la Constitución boliviana, establece: “La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”, de forma que hace referencia a la reparación integral que conforme a los estándares internacionales al menos incluye: (1) La restitución (*restitutio in integrum*); es decir, reponer el estado de cosas a la situación original; (2) La rehabilitación de la víctima por tratamientos psicológicos, provisión de medicamentos, capacitación, etc.; (3) La indemnización la cual puede ser: (3.1) Indemnización por daño material que a su vez comprende daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*); y, (3.2) La indemnización por daño moral; y, (4) La satisfacción por ejemplo una publicación, una disculpa, etc. y las garantías de no repetición que son aquellas que buscan la no reiteración de los hechos; sin embargo, el Código Procesal Constitucional en su art. 39.I, dispone: “La resolución que conceda la acción, podrá determinar también, la existencia o no de indicios de responsabilidad civil o penal, estimando en el primer supuesto el monto a indemnizar por daños y perjuicios y en el segundo, remitiendo antecedentes al Ministerio Público y a la Procuraduría General del Estado cuando corresponda”; es decir, se limita al ámbito civil y penal sin considerar otras medidas de reparación integral.

Ahora bien, en lo referente a las acciones que se interponen directamente al Tribunal Constitucional Plurinacional; a saber acciones de inconstitucionalidad, conflictos de competencias y atribuciones, consultas y recursos del Código Procesal Constitucional, se establece que requieren el patrocinio de abogado debiendo la Comisión Admisión en el término de cinco días “...de recibidos los antecedentes originales...”, observar en su caso el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad y si los mismos fueran de forma debe otorgar la posibilidad de subsanarlos en el plazo de cinco días, correspondiendo de lo contrario tenerlo por no presentada.

En este sentido, el art. 27.II del Código Procesal Constitucional, señala que corresponde el rechazo: a) Cuando concurra la cosa juzgada constitucional; b) Cuando sea presentada de manera extemporánea en los casos que así corresponda; y, c) Cuando carezca en absoluto de fundamentos jurídico constitucionales que justifiquen una decisión de fondo. Por su parte, el art. 27.III del Código Procesal Constitucional, precisa que el auto constitucional de rechazo es impugnabile mediante recurso de queja ante el pleno del Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de setenta y dos horas, debiendo resolverse el mismo en el plazo de cinco días.

En este sentido, respecto a las acciones, demandas y recursos que se interponen directamente al Tribunal Constitucional Plurinacional, tenemos a:

La *acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto*, que procede contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales, encontrándose legitimados para su interposición la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo.

La *acción de inconstitucionalidad de carácter concreto*, que: "...procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales",⁹ teniendo legitimación activa para su interposición la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa, que de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción.

El *conflicto de competencia y atribuciones entre órganos del poder público* procede cuando un órgano de poder público: "...considere que sus competencias o atribuciones son ejercidas por otro u otros Órganos"¹⁰ determinándose a través de la sentencia constitucional a qué órgano de poder le corresponde la competencia o atribución objeto de la demanda, y en su caso, corresponde declare nulos los actos ejecutados por el Órgano incompetente.

El *conflicto de competencias entre el nivel central del estado y las entidades territoriales autónomas y entre éstas* que procede como conflicto positivo "...cuando una de ellas entienda que la otra ejerce una determinada competencia que no le corresponde de acuerdo a la Constitución Política del Estado o la Ley",¹¹ o como conflicto negativo referido a situaciones "...cuando ninguno de estos Niveles asuma las competencias atribuidas por la Constitución Política del Estado o la Ley",¹² en este sentido la autoridad que se consideren afectadas por la falta de ejercicio de una competencia, requerirán al Órgano responsable el ejercicio de la misma debiendo el Tribunal Constitucional Plurinacional tomar una decisión al respecto en el plazo no mayor de cinco días después de admitida la demanda.

⁽⁹⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art 73.2.

⁽¹⁰⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art 86.

⁽¹¹⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 92.1.

⁽¹²⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 92.2.

El *conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental*, en este tema debe recordarse que el art. 179.II de la Constitución establece: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”, la cual según el Código Procesal Constitucional se produce a través de la formulación de una demanda de una jurisdicción a otra similar la cual si no se allana provoca se remita antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional, que debe emitir resolución considerando conforme el art. 191.II de la Constitución, los ámbitos: (1) Personal, es decir el: “...vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino”; (2) Material referido a los casos en los que la Ley de Deslinde Jurisdiccional otorga por una parte a la jurisdicción indígena originaria campesina y por otra a la jurisdicción ordinaria; y, 3) Territorial, pues la jurisdicción indígena originaria campesina “...se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”.

El *control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales*, cuyo objeto es el de: “...confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado...”,¹³ en este sentido, este tipo de control de constitucionalidad debe realizarse antes de la ratificación del tratado internacional, pudiendo solicitarse por la Presidenta o Presidente del Estado y en su caso por la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional de manera obligatoria previamente a la ratificación del tratado internacional.

El *control previo sobre tratados sometidos a referendo*, referido a los tratados internacionales que requieran aprobación por referendo, al respecto el art. 257 de la Constitución Política del Estado, previene que requieren referéndum los tratados que resuelvan: (1) Cuestiones limítrofes; (2) Integración monetaria; (3) Integración económica estructural; y, (4) Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración o cuando lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional de manera previa al referendo, de manera que no podría ser objeto de referendo aquello que se haya declarado inconstitucional.

Las *consultas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley*, que: “... tiene por objeto confrontar el texto de dicho Proyecto con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional”,¹⁴ encontrarán-

⁽¹³⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 106.

⁽¹⁴⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 111.

dose legitimados para efectuar la consulta la Presidenta o Presidente del Estado cuando se trate de proyectos originados en el Órgano Ejecutivo, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, tratándose de Proyectos de Ley, cuando fuere aprobada por Resolución del Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional o una de sus Cámaras, por dos tercios de los miembros presentes para Proyectos de Ley de Materia Judicial, la Presidenta o Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación por la Sala Plena respectiva y la formulación de la consulta suspende el procedimiento de aprobación del proyecto de ley en la Asamblea Legislativa Plurinacional.

El *control de constitucionalidad de proyectos de estatutos o cartas orgánicas de entidades territoriales autónomas*, cuyo objeto es el "...confrontar el contenido de dichos instrumentos normativos con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional...",¹⁵ debiendo presentarse por la Presidenta o Presidente del Órgano deliberante de la Entidad Territorial Autónoma que lo propuso, previa aprobación por dos tercios del total de sus miembros.

Las *consultas sobre la constitucionalidad de preguntas para referendo*, en este sentido para evitar que la voluntad del soberano sea tergiversada toda pregunta de un referéndum sea nacional, departamental o municipal deben someterse obligatoriamente al control de constitucionalidad contando con legitimación para efectuar la consulta: (1) Cuando la iniciativa es estatal la Presidenta o el Presidente de la instancia legislativa que promueva la iniciativa de referendo o la Presidenta o el Presidente del Estado boliviano cuando corresponda; (2) Cuando la iniciativa es popular tiene legitimación la Presidenta o Presidente del Tribunal Electoral competente y en caso de declararse la inconstitucionalidad de las preguntas corresponde la supresión o reformulación de las preguntas.

Los *recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales*, que procede cuando: "...la norma impugnada fue promulgada y sancionada sin observar el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales en esta materia",¹⁶ teniendo legitimación para este tipo de recursos toda persona natural o jurídica que se considere afectada por la creación, modificación o supresión de un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, y en caso de declararse la inconstitucionalidad de la norma tributaria impugnada la sentencia tiene efectos derogatorios o abrogatorios.

⁽¹⁵⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 116.

⁽¹⁶⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 134.

El *recurso contra resoluciones del órgano legislativo*, cuyo objeto es el de "...garantizar los derechos de toda persona natural o jurídica frente a resoluciones emitidas por el Órgano Legislativo",¹⁷ entendiéndose como Órgano Legislativo tanto a la Asamblea Legislativa Plurinacional como a las Cámaras de Diputados y Senadores independientemente, en este sentido, la teoría jurídica boliviana considera a este recurso como un amparo específico con un legitimado pasivo privilegiado contándose con el plazo de treinta días para su interposición desde la aprobación de la Resolución Legislativa, en cambio en el amparo genérico se cuenta con seis meses para su interposición.

El *recurso directo de nulidad*, cuyo objeto es el de: "...declarar la nulidad de los actos de Órganos o autoridades públicas que usurpen funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la Ley",¹⁸ su admisión suspende la competencia de las autoridades demandadas.

La *constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado*, que conforme al art. 149 del Código Procesal Constitucional, tiene por objeto "...declarar la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado",¹⁹ pudiendo elevar en consulta el procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado: (1) La Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional; y, (2) Cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Ahora bien, entre algunas de las dificultades que se tuvieron en su aplicación práctica están:

En lo referente a la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto, el Código Procesal Constitucional en su art. 79, establece su procedencia cuando el juez o autoridad administrativa: "...entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción", excluyéndose por tanto la posibilidad de plantear dicha acción en procedimientos, así por ejemplo en el AC 0445/2010-CA 12 de julio de 2010, "...toda vez que no existe una controversia, ni partes en conflicto que requieran de una autoridad imparcial que de solución a un litigio presentado, sino que se trata de un mero trámite administrativo que no cuenta con las características de ser proceso como tal. Consecuentemente, no se da la condición de admisibilidad del recurso, correspondiendo su rechazo...", cuando el art. 132 de la Constitución Política del Estado, es mucho más amplio al referir que: "Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a

⁽¹⁷⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 139.

⁽¹⁸⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 143.

⁽¹⁹⁾ Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 149.

la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley”, es decir, que requiere una afectación pero no limita la acción a procesos.

Fue la SCP 0646/2012 de 23 de julio referida *ut supra* la que sostuvo un entendimiento amplio y acorde a la Constitución, al sostener que: “... cuando se hace referencia a la acción de inconstitucionalidad concreta, corresponde interpretar el término proceso en su vertiente más amplia que abarca y conglomerada a procesos y procedimientos judiciales y administrativos...”, lo que sin duda se aleja del texto del art. 79 del Código Procesal Constitucional, que a su vez se apartó del texto del art. 132 de la Constitución Política del Estado.

Conexo con lo anterior se tiene que el Código Procesal Constitucional no procede a regular la auto-cuestión de inconstitucionalidad, de forma que si una de sus salas al conocer una demanda se encuentra con una antinomia entre la Constitución y una norma inferior, no prevé un procedimiento específico para someter al pleno la inconstitucionalidad, de ahí que a veces como sucedió en el caso anterior se obliga al órgano de control de constitucionalidad a realizar interpretaciones amplísimas para adecuar la norma al texto constitucional sin expulsar su texto, de manera que aparente ser una cuestión de interpretación más que de control normativo de constitucionalidad.

Asimismo el art. 202.11 de la Constitución, refiere a: “Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental” y establece a la vez que las diferentes jurisdicciones constituidas por la Constitución tienen la misma jerarquía y diferencia sus competencias con claridad al disponer en su art. 179.I, que “La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley”.

En este sentido, el Código Procesal Constitucional no hace referencia a los conflictos de competencias entre jurisdicciones diferentes a la jurisdicción indígena originaria campesina, de ahí que el Tribunal Constitucional en un conflicto de competencias entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal militar amplió la posibilidad de conflictos inter-jurisdiccionales, así a través de la SCP 2540/2012 de 21 de diciembre, estableció que: “Siendo las jurisdicciones ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina y las especializadas entre ellas la jurisdicción penal militar iguales en jerarquía y encontrándose el Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano independiente cuenta con el deber de preservar el derecho

al juez natural, por lo que está habilitado para determinar competencias mediante acciones tutelares como sucedió en las SSCC 0664/2004-R, 1107/2003-R y 1799/2004-R o mediante conflicto de competencias”.

Respecto al recurso directo de nulidad, se constituye en el más antiguo en Bolivia y tiene un origen semejante al recurso de casación pero en sus inicios fue aplicable únicamente a materia administrativa y su admisión implica la suspensión de la competencia de la autoridad recurrida;²⁰ sin embargo, no se regula el término legal en el cual puede interponerse dicho recurso, lo que genera inseguridad jurídica, pues si llega a entenderse que no tienen término para su interposición resultaría que pueden impugnarse actos jurídicos desde la fundación de la República de Bolivia en 1825, aspecto que genera diferentes controversias en seno del Tribunal Constitucional Plurinacional por ejemplo en la SCP 2471/2012 de 22 de noviembre, correspondiente a un recurso directo de nulidad interpuesto por el Procurador General del Estado el 3 de agosto de 2012, contra un Laudo Arbitral de 21 de enero de 2008; es decir, luego de más de 4 años, aspecto que resulto muy controversial.²¹

También el Código Procesal Constitucional mantiene sanciones en ciertas circunstancias desproporcionadas, así por ejemplo en el recurso contra resoluciones del órgano legislativo en su art. 142.2, establece que cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional declara infundado el recurso debe imponer: “...costas y multa al recurrente”, lo que si se entiende como automático podría afectar el derecho de acceso a la justicia, y el art. 148.1, en el recurso directo de nulidad, dispone que si se declara infundado “En este caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional impondrá costas y multa a la parte recurrente” y si se declara fundado: “En este caso el Tribunal Constitucional Plurinacional determinará la nulidad de la resolución o acto recurrido, y dispondrá de oficio la remisión de antecedentes al Ministerio Público”, lo que podría devenir en una afectación al principio de cooperación de poderes al poder implicar una remisión innecesaria al Ministerio Público.

⁽²⁰⁾ El art. 147 del Código Procesal Constitucional, establece “Desde el momento de la notificación con el Recurso Directo de Nulidad, quedará suspendida la competencia de la autoridad recurrida con relación al caso concreto. Será nula de pleno derecho toda disposición que se dicte con posterioridad”.

⁽²¹⁾ Al respecto observar las críticas a la sentencia contenidas en el trabajo “Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: Las contradicciones del Tribunal Constitucional en el recurso directo de nulidad contra laudos” de Horacio Andaluz Vegacenteno. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n41/a09.pdf> Visitado el 28 de enero de 2015.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La crisis de la codificación hoy día se produce en la misma medida en la que la jurisprudencia fue revalorizada y se reconoció la discrecionalidad en la decisión judicial, se acogió el tesis del bloque de constitucionalidad de forma que los tratados llegan a tener rango constitucional²² y por tanto supra-legal, y por la proliferación de leyes especiales y normas de carácter infra-legal generadas debido a la necesidad de adecuar de manera rápida la normativa a la realidad.

Falta información para realizar una evaluación sobre la aplicación del Código Procesal Constitucional, por ejemplo cuantos amparos se concedieron en áreas específicas como en equidad de género, libertad de expresión, etc., de ahí la importancia de fortalecer la relación entre universidades, el órgano de control de constitucionalidad y el Órgano Legislativo.

Finalmente corresponde reconocer que el significado de todo código depende de la creatividad y rectitud del intérprete de ahí que el éxito o fracaso del Código Procesal Constitucional no depende de su texto o sus buenas intenciones, es decir de sí mismo, sino de la labor jurisdiccional de la justicia constitucional, así por ejemplo el Tribunal Constitucional Plurinacional en base a la norma que establece que dicho órgano de control de constitucionalidad puede solicitar informes periciales, es más creó una unidad de descolonización compuesta por un equipo multidisciplinario que efectúa trabajos en materia indígena para lo cual no se necesitó de una ley específica, sino más bien de buena voluntad.

Referencias

Constitución Política del Estado de Bolivia – 2009
Ley No. 254 – Código Procesal Constitucional de Bolivia
<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>

⁽²²⁾ El art. 410.II de la Constitución boliviana establece: “El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”.

PERSPECTIVAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA*

Manuel Fondevila Marón**

SUMARIO: I. Introducción: en torno al concepto y el *nomen iuris*. II. La enseñanza del derecho procesal constitucional. III. Los códigos procesales constitucionales, y leyes especiales en latinoamérica. IV. El derecho procesal constitucional de los entes descentralizados de los estados federales. V. El derecho procesal constitucional en el ámbito supranacional. VI. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: EN TORNO AL CONCEPTO Y EL *NOMEN IURIS*

Decía el poeta Juan Ramón Jiménez “Inteligencia, dame el nombre exacto de las cosas”, poniendo así de manifiesto la dificultad de encontrar un nombre apropiado y —añadimos nosotros— una correcta descripción para algunas cosas. En un ámbito extra-científico la cuestión puede soslayarse (¿acaso una rosa pierde su olor por llamarle de otra manera?), pero en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales, de cara a realizar clasificaciones, encontrar nombres con los que describir realidades que sean susceptibles —por supuesto, aun partiendo del hecho de que sus contornos pueden ser difusos— de englobarse en clasificaciones más amplias es una labor imprescindible del investigador, sobre todo, comparatista. En la materia que

(*) Este trabajo pretende explicar el desarrollo de una disciplina que se lleva debatiendo en Latinoamérica, de un modo bastante intenso, desde la mitad de la década de los setenta. Trataremos de cómo se ha iniciado la enseñanza de este Derecho Procesal Constitucional como una disciplina autónoma en no pocas universidades y la emergencia de “Códigos procesales constitucionales” a nivel supranacional, estatal y regional en los Estados latinoamericanos federales.

(**) Investigador. Área de Derecho Constitucional. Universidade da Coruña.

abordamos en este pequeño ensayo, la cuestión ha sido debatida durante décadas, aun cuando la terminología que para afianzarse donde mayor desarrollo ha conocido esta disciplina (América Latina) es la de Derecho Procesal Constitucional.

Así pues, refiriéndonos ahora al contexto latinoamericano, la cuestión más debatida ha sido la de si la denominación correcta era Derecho Procesal Constitucional o Derecho Constitucional Procesal o, en fin, si eran dos nombres con los que se aludía a una misma realidad. Para H. Fix-Zamudio, no es lo mismo, “porque la primera es un sector del Derecho Procesal y la otra del Constitucional, aun cuando ambas son estudiadas por cultivadores de las dos ramas de las Ciencias Jurídicas, debido a su carácter limítrofe, pero no poseen el mismo contenido, sino diferente, aun cuando tengan su fuente en las normas constitucionales”.¹ D. García Belaunde, en su última obra (“Derecho Procesal Constitucional en perspectiva”), cambia su tesis según la cual no había diferencia entre una y otra, afirmando que era un simple “juego de palabras” y le da la razón, pero afirma que el contenido de una materia denominada Derecho Constitucional Procesal, entendida como el estudio de los principios que rigen el proceso que se encuentran en el ámbito constitucional sería objeto de estudio, bien del Derecho Constitucional o bien de la parte general del Derecho Procesal. Su argumento nos parece impecable, aunque nos decantamos claramente por la segunda opción: evidentemente, como él dice, en la Constitución de los Estados democráticos se encuentran los principios que deben regir el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Mercantil, el Derecho de Trabajo etc., y estos principios deben ser explicados por los/las especialistas de estas materias en los respectivos temarios de su disciplina.

Esta cuestión está, evidentemente, muy ligada a aquella que se puede considerar clave en la discusión acerca de esta materia actualmente en Latinoamérica. ¿Se trata de una rama del Derecho Constitucional, del Derecho Procesal, una disciplina mixta o, finalmente, una disciplina autónoma y sustantiva? La primera postura, absolutamente minoritaria entre los juristas latinoamericanos fue defendida por P. Häberle, para quien el Derecho Procesal Constitucional es un Derecho Constitucional concretizado en dos sentidos: a) él mismo es un Derecho Constitucional concretizado y b) sirve al Tribunal Constitucional para concretar la Ley Fundamental. La naturaleza procesalista de esta disciplina la defiende, fundamentalmente, a este lado del océano, J. González Pérez, y al otro lado D. García Belaunde y H. Fix-Zamudio (con el matiz, que hemos mencionado, de que éste defiende la existencia de un Derecho Constitucional Procesal). Finalmente,

⁽¹⁾ FIX-ZAMUDIO, H. “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”. Memoria del Colegio Nacional, 1997, México, 1998, p. 31.

la naturaleza mixta del Derecho Procesal Constitucional es sostenida, fundamentalmente por N. P. Sagüés en América Latina y G. Zagrebelsky en Europa. Que se trata de una materia sustantiva y autónoma, aun cuando se relaciona con ambas Ciencias, lo defienden H. Nogueira y E. Ferrer.

Todo depende, en último lugar, del contenido que cada quién le atribuya. Aquellos que defiendan que el contenido del Derecho Procesal Constitucional debe limitarse, básicamente, a la jurisdicción constitucional y a los procesos que en la misma se desarrollan es normal que considere, a fin de cuentas, que se trata de una disciplina de carácter eminentemente procesal. Dentro de esta postura, no está justificada la sorpresa de D. García Belaunde hacia la tesis de M. O. Gonçalves, quien sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es Derecho Procesal y, más concretamente, Derecho Procesal Civil. Porque no se trataría, en este caso, de que aquél quedase supeditado a éste, sino de que, en este encuadre, los instrumentos del Derecho Procesal Constitucional, con las particularidades legal-constitucionales y jurisdiccionales que le son propias, no son sino una forma más que los particulares tienen de hacer valer sus derechos (en este caso, por tratarse de Derechos Fundamentales, de un modo preferente y sumario), como lo hacen en el resto de jurisdicciones. Situados en el extremo opuesto, quienes defendemos que el Derecho Procesal Constitucional abarca el estudio de todas las instituciones y procesos que rigen, en el plano técnico-jurídico, la defensa de la Constitución, nos sumamos a quienes hablan de una disciplina autónoma, conectada (como no podía ser de otro modo puesto que la Ciencia del Derecho es sólo una) tanto con el Derecho Constitucional como con el Derecho Procesal. “La defensa de la constitución”, y por lo tanto, desde los recursos de amparo hasta la reforma constitucional (J. Rui-pérez), por los operadores jurídicos (poderes constituidos), se convertiría, pues, en la esencia de esta nueva disciplina tan en boga en el continente latinoamericano. Sostener, por tanto, la existencia de una Ciencia autónoma del Derecho Procesal Constitucional no debe basarse, como en su día, desde el desprecio académico que los Profesores/as de Derecho Administrativo sentían en España por los Profesores/as de Derecho Político, lo hizo J. González Pérez, desde en la infundada argumentación de que estos/as últimos/as no tratan estas cuestiones desde el método jurídico (ni porque los Profesores/as de otras disciplinas jurídicas que no sean el Derecho Constitucional no sepan hacer uso de los conocimientos filosóficos, politológicos, históricos, y sociológicos que el estudio de la Constitución como realidad requiere, pues saben hacerlo perfectamente) sino porque el Derecho Procesal Constitucional encuentra, en el desarrollo de esta defensa de la Constitución, un objeto de estudio específico.

Un ejemplo, esperamos, ayudará a esclarecer nuestra posición: La reforma de la Constitución no suele ser considerada como una materia propia de la disciplina del Derecho Procesal Constitucional² porque no es unánime la consideración del instituto de la reforma como un proceso de defensa de la Constitución, llevado a cabo por los poderes constituidos, limitados en su acción por el Poder Constituyente originario. Pero cuando se comprende de este modo, la necesidad de incluir esta problemática dentro del Derecho Procesal Constitucional resulta natural, pues los Tribunales con competencias constitucionales harán un control de la reforma³ con independencia o no de que esta se lleve a cabo a través de una ley, convirtiéndose entonces, en un proceso más de defensa de la Constitución.

Por lo tanto, y en esto también coincidimos con D. García Belaunde, el cultivo del Derecho Procesal Constitucional exige un amplio conocimiento del Derecho Constitucional, al igual que, por ejemplo, el conocimiento del Derecho Procesal Penal exige conocimientos de Derecho Penal. Se debe comprender bien la diferencia entre poderes constituyentes y constituidos, la naturaleza de la Constitución como norma jurídica superior, las funciones de un Tribunal Constitucional en general y en concreto en un determinado tipo de Estado (por ejemplo, en un Estado federal) etc.

Se debe precisar, además, que los contenidos esenciales (cuestión distinta es, obviamente, la explicación particular de los distintos epígrafes de un programa) no se ve alterada por los distintos modelos de control de constitucionalidad (difuso y concentrado) predominantes a ambos lados del océano respectivamente. La oposición, para defender que el modelo concentrado que él inspiró es lógicamente más perfecto, que propugnó Kelsen entre ambos modelos debe considerarse desfasada, al menos, por los siguientes motivos: a) En primer lugar, porque como es sabido, los efectos de una inaplicación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de una ley, por considerarla contraria a la Constitución, tiene unos efectos muy similares, para los Tribunales inferiores e, incluso, el Congreso, a los de una declaración de inconstitucionalidad de un Tribunal Constitucional y porque a través del instrumento del certiorari este Tribunal se encarga, como también es *vox populi*, casi exclusivamente de materias de trascendencia constitucional. No podemos compartir de ningún modo, por

⁽²⁾ Vid., a este respecto, los Syllabus propuestos por el Profesor H. Nogueira (NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina" en Estudios Constitucionales. Año 7. N° 1 (2009). p. 34 y D. García Belaunde (GARCÍA BELAUNDE, D. De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Edición al cuidado y notas introductorias de Jose F. Palomino Manchego. 2ª edición, revisada, corregida y aumentada. Grijley, Lima, 2000, pp. 59-64).

⁽³⁾ Vid., como caso paradigmático, la Sentencia de la Corte Suprema argentina de 19 de Agosto de 1999, en la causa "Fayt, Carlos Santiago vs. Estado Nacional".

tanto, la afirmación de D. García Belaunde de que en los Estados Unidos no hay Derecho Procesal Constitucional ni lo habrá. Tal y como nosotros lo hemos definido, parece difícil aceptar que en Estados Unidos hay una Constitución y un Derecho Constitucional y no aceptar que no existen mecanismos técnico-jurídicos para asegurar la primacía de la Constitución como norma jurídica superior. Pero incluso desde los parámetros del académico peruano es una afirmación sorprendente, y a nuestro juicio, incluso contradictoria, por los siguientes motivos: Si existe un acuerdo en la doctrina que el control de constitucionalidad tiene su primera manifestación en la conocida Sentencia *Marbury vs. Madison*, los argumentos del Profesor peruano (a saber: que el propio Marshall no utilizó más la judicial review y los Presidentes posteriores de un modo excepcional, que el Tribunal Supremo no es de ningún modo un Tribunal Constitucional, o que los efectos de un precedente de inaplicación de la ley se ven a largo plazo) serán aspectos que el Profesor de Derecho Procesal Constitucional deberá tener en cuenta, sobre todo en una explicación en clave comparada, pero no permiten afirmar que no haya un Derecho Procesal Constitucional en Estados Unidos. Tampoco el juicio de amparo, por poner un ejemplo, es igual en España que en México. Pero incluso aunque no existiese un control de constitucionalidad de las leyes (concentrado o difuso) existen otros mecanismos de defensa de la Constitución que configuran una justicia constitucional. En este sentido, basta recordar que el habeas corpus, una institución que se estudia en todos los planes de estudio de Derecho Procesal Constitucional tiene su origen en Inglaterra. Parece, en conclusión, arriesgado, limitar la disciplina a un contexto de control de constitucionalidad concentrado. b) En segundo lugar porque, en Europa, especialmente en España (pero también en Alemania), la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional, que acumulaba grandes retrasos (en ocasiones de más de diez años) ha llevado a la reforma del recurso de amparo, de manera que, deja de ser un recurso puramente subjetivo de los particulares que han visto afectados sus Derechos Fundamentales y se objetiviza al introducir, como requisito para que la demanda sea admitida a trámite, la obligación de demostrar una “especial trascendencia constitucional”. De hecho, y en relación con lo que hemos explicado en el punto anterior, tal y como ha expuesto P. De Vega, esto es en buena parte debido a la “desnaturalización” del recurso de amparo, permitiendo su interposición también respecto de las Sentencias de Jueces y Tribunales, convirtiendo al Tribunal Constitucional en una suerte de Tribunal de súper-casación, lo que, como es sabido, ha provocado no pocas fricciones con el Tribunal Supremo en nuestro país. c) Tercero, y más importante a los efectos que nos ocupan, porque en Latinoamérica, donde, como veremos, la Ciencia del Derecho

Procesal Constitucional ha experimentado un mayor desarrollo, no se da en sentido puro el modelo “concentrado” ni “difuso” de justicia constitucional, sino que combinan elementos de ambos, por lo que se habla de sistemas de jurisdicción “mixta”. De hecho, y a propósito de la postura de D. García Belaunde respecto al Derecho Procesal Constitucional de los Estados Unidos, algunos Estados de América Latina no tienen un Tribunal Constitucional como órgano separado de la clásica distinción de poderes, sino una Sala Constitucional inserta en su Tribunal Supremo.

II. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La cuestión nominal parece ser una diferencia importante en la concepción de esta materia en Europa y Latinoamérica respectivamente. Si en Latinoamérica, como hemos visto, parece haberse consolidado la denominación “Derecho Procesal Constitucional”, en Europa parece que la denominación dominante es “Justicia Constitucional”. Kelsen, al que muchos consideran erróneamente padre de la materia, no le dio demasiada importancia al nombre, de tal forma que en sus escritos europeos utilizaba la expresión “Jurisdicción Constitucional”⁴ (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) mientras, en los escritos en inglés escritos en su exilio en EE.UU. la predominante allí *judicial review*. La clásica obra de M. Cappelletti *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, que constituye una de las principales aportaciones al estudio de una jurisdicción que sólo se consolidó en Europa después de la II Guerra Mundial, parece tener gran influencia en todo el continente.

No deja de ser paradójico, que siendo M. Cappelletti y N. Alcalá-Zamora Castillo (que bautizó a la disciplina con el nombre de Derecho Procesal Constitucional en su obra *Estudios de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicada por primera vez en Buenos Aires en 1944)⁵ ilustres maestros del Derecho Procesal, en España los Profesores/as de esta disciplina hayan ignorado casi por completo la materia (con las notables excepciones de V. Fairén Guillén, M^a. C. Calvo Sánchez y J. Almagro Nosete) recibiendo mucha más atención por parte de constitucionalistas y del mencionado Catedrático de Derecho Administrativo.

En el extinto programa de estudios de la Licenciatura de Derecho de 1953, no existía ninguna asignatura que respondiera materialmente a la

⁽⁴⁾ Kelsen en la versión alemana de su texto de 1928 usa solo la expresión “jurisdicción constitucional”. En la versión francesa traducida por Eisenmann se emplea indistintamente “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”. Esto es una “licencia” del traductor, que Kelsen acepta, pero que él no usa.

⁽⁵⁾ Ya desde una Conferencia pronunciada en 1933, y publicada con el título *Significado y Funciones de la Jurisdicción Constitucional*. Reus. Madrid.

idea de Justicia o Jurisdicción Constitucional o de Derecho Procesal Constitucional, dado que, bajo las leyes fundamentales del régimen franquista, únicamente existía una única garantía, el falaz “recurso de contrafuero” (art. 59, Ley Orgánica del Estado de 10 de Enero de 1967) que resolvía el Jefe del Estado (General dictador Franco Bahamonde), por lo que no tiene nada que ver con una jurisdicción de carácter constitucional. Con la implantación del llamado “proceso Bolonia” las Universidades tienen autonomía para diseñar sus propios planes de estudios y algunas han adoptado, con distintas denominaciones, asignaturas, siempre optativas y siempre impartidas por Profesores/as del área de Derecho Constitucional, que responden a la temática de Justicia Constitucional o Derecho Procesal Constitucional. Así, hasta donde nosotros tenemos noticia, en la Universidad de Alicante se imparte una asignatura denominada “Justicia e Interpretación Constitucional” (en el plan de 2002 se impartía una asignatura denominada “Derecho Procesal Constitucional” desaparecida con el nuevo Grado, como también la asignatura “Derecho Procesal Constitucional, Internacional y Comunitario” que existía en el plan de 2002 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Jaén), “Justicia y Jurisprudencia Constitucional” en la Universidad Autónoma de Madrid, y simplemente “Justicia Constitucional” en la Universidad Complutense, Universidad de Salamanca, en el Master de Derecho de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en la Universidad de Castilla la Mancha, que ofrece además una materia de “Justicia Constitucional comparada”.

Pero no se trata sólo de una cuestión nominal. Justicia o Jurisdicción Constitucional sería, en todo caso, un mero sector de la materia “Derecho Procesal Constitucional” sino algo sencillamente diferente. Por esta razón, aun cuando podamos convenir en que se trata de una disciplina de carácter esencialmente procesal, su contenido no puede limitarse, a la mera exposición de las características del órgano encargado de impartir justicia constitucional y de las fases del proceso de los distintos recursos sin mención a la finalidad que tales recursos persiguen, y es que lo ideal sería que todo estudiante de Derecho, una vez aprendido, en la asignatura de Derecho Constitucional el principio de supremacía de la Constitución, aprendiese, en una materia que, convenimos, bien puede llamarse Derecho Procesal Constitucional, los recursos concretos a través de los que este principio se realiza en el orden jurídico. Por ello, no tiene tampoco sentido convertir en objeto de estudio de la disciplina el contenido de las sentencias que en resolución de tales recursos dicten las Cortes y Tribunales Constitucionales. Así se entiende en otros países europeos de nuestro entorno como por ejemplo en Italia, donde, al menos, en las Universidades de Roma 3, Federico II en Nápoles y Bari se imparte “Diritto Processuale

Costituzionale”, incluso, en algún caso, a mayores de la materia “Giustizia Costituzionale”.

Este es, desde luego, y por lo que a nosotros nos interesa, el caso en Latinoamérica. Recogiendo los datos de varios Profesores (E. Ferrer, D. García Belaunde, N. P. Sagüés, H. Nogueira, O. A. Gonzaini, J. Asbuin, J. A. Rivera Santivañez) de este continente tenemos: En Argentina podemos referencia histórica a la Cátedra de Derecho Procesal Constitucional inaugurada por P. N. Sagüés en 1986 en la Universidad Notarial de Argentina. Actualmente se imparte como asignatura optativa en la Pontificia Universidad católica, en la Universidad Nacional del Rosario, y como asignatura obligatoria en las Universidades de Córdoba, Mar del Plata y Tucumán. En Bolivia, en la Universidad Privada de Santa Cruz y en la Universidad Técnica Privada de Santa Cruz, en la carrera, así como Másteres y Cursos en las Universidades Andina Simón Bolívar, San Simón de Cochabamba, Mayor Gabriel René Moreno y Privada Domingo Savio. En Brasil, aunque al igual que en España se imparte en la mayoría de Universidades como “Justicia Constitucional” se imparte la asignatura de “Derecho Procesal Constitucional” en la Universidad Federal de Ceara y en la Universidad de Recife. En Chile se impartió, desde 1998 a 2002 en cursos electivos de la Universidad y en cursos de la Universidad Central de Chile. En Colombia, en la Universidad de la Sabana y como un módulo de especialidad en Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Bucaramanga⁶. En Costa Rica, en los planes de estudios de Bachiller en Derecho de la Escuela Libre de Derecho y en la carrera de la Universidad Autónoma de Centroamérica. En Guatemala en la Universidad Mesoamericana, con el nombre de “Derecho Procesal Constitucional y Administrativo”. En el Salvador, en las Universidades de El Salvador, la Universidad Capitán General Gerardo Barrios y en la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas. Finalmente en México, tras unas reformas constitucionales de 1994 y 1996 que reforzaron los instrumentos jurisdiccionales de protección, comenzó a enseñarse el Derecho Procesal Constitucional a partir de 1999. A pesar de esta relativamente incorporación a los planes de estudio, a partir de entonces ha tenido un desarrollo espectacular y hoy se imparte en la Universidad Autónoma de México, Universidad de Baja California, Universidad Benito Juárez de Oaxaca, Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad de Colima, Universidad de Guadalajara, Universidad Autónoma de Nuevo León, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Universidad Autónoma de Sinaloa, Universidad Autónoma de Yucatán, Universidad

⁽⁶⁾ En este país, es interesante la creación, en 2008, del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, que desarrolla determinadas acciones de investigación y difusión del Derecho Procesal Constitucional (<http://www.ccdpc.org.co/>).

Panamericana, Universidad Iberoamericana, Universidad Anáhuac, Universidad La Salle, Universidad Modelo, Universidad Americana de Aca-pulco y otras. Además el Poder Judicial de la Federación organiza cursos y seminarios por todo el país.

III. LOS CÓDIGOS PROCESALES CONSTITUCIONALES Y LEYES ESPECIALES EN LATINOAMERICA

Afianzar el Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma en los planes de estudio de las carreras de Derecho es un paso importante no sólo a nivel académico sino eminentemente práctico, puesto que, en el debate sobre la conveniencia de codificación del Derecho Procesal Constitucional en un solo texto normativo se aduce con frecuencia que el momento oportuno será cuando la Ciencia lo haya desarrollado y delimitado sus contornos suficientemente como para saber lo que debe estar y no debe estar en dichos Códigos. Una excusa que, por lo que hemos visto resulta cada vez menos convincente, y así, como indica D. García Belaunde: “con avances y afinamientos constantes, al ir hacia un Derecho Procesal Constitucional, los contenidos deben cambiar y adecuarse a lo que es toda estructura procesal. Y esto debe conducir a dos aspectos complementarios. El primero, es a la unidad de la legislación procesal, lo cual significa que los procesos constitucionales ya no deben estar en un código procesal civil o procesal penal (...) y que tampoco deban estar en una Ley especial (...), sino que hay que avanzar hacia un verdadero Código Procesal Constitucional, que es, sin lugar a dudas, el paso siguiente, como lo fue anteriormente en otras ramas del Derecho”.⁷

Por ser el primer Código Procesal Constitucional a nivel nacional, merece la pena detenerse en este punto y hacer un pequeño excursus sobre el proceso histórico que condujo a su codificación. El primer punto destacable, como nos cuenta D. García Belaunde, que fue uno de sus promotores, es que las reuniones de abogados con el fin de unificar en un solo texto todos los procesos constitucionales comenzaron en 1995, sin ninguna probabilidad de éxito, teniendo en cuenta que ese país se encontraba, en ese momento, bajo la dictadura de Alberto Fujimori. Ello explica que fuese una asamblea de profesionales auto-convocada de modo espontáneo y no, como es habitual en estos casos, por encargo del Gobierno. La caída de Fujimori en 2000 favoreció las condiciones para que el anteproyecto pudiese ser presentado, y así se hizo, el 15 de Diciembre de 2003, comenzando su debate, tras los informes favorables de la Comisión de Constitución y Re-

⁽⁷⁾ GARCÍA BELAUNDE, D. op. cit. p. 55.

glamento y la Comisión de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, así como la opinión favorable del Tribunal Constitucional, el 6 de Mayo de 2004 siendo aprobado, por 72 votos a favor y 28 abstenciones el 28 del mismo mes. Los principios que inspiraron el nuevo Código, nos dice el Profesor peruano son: a) economía procesal, b) socialización del proceso y, c) de acuerdo con la tendencia publicista el de impulso de oficio por parte del juzgador, independientemente del eventual desinterés por parte del interesado.⁸

Actualmente encontramos dos Códigos Procesales Constitucionales, con este nombre, en Perú (2004) y Bolivia (2012) y ambos tienen características similares. De este modo ambos tienen por objeto regular los procesos constitucionales ante los diversos procesos constitucionales ante los diversos Tribunales y Juzgados competentes. Entre estos procesos constitucionales se pueden distinguir a) las garantías de libertad (amparo, habeas corpus, habeas data, acción de cumplimiento y acción popular en Perú y la acción de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, inconstitucionalidad, acción de cumplimiento y popular en Bolivia) b) procesos constitucionales (procesos de inconstitucionalidad y competencias en Perú y conflictos de competencias entre órganos del poder público, entidades territoriales autónomas y jurisdicción indígena originaria campesina, la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental, control previo de constitucionalidad, consultas sobre constitucionalidad de leyes, recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales, recurso contra resoluciones del órgano legislativo, recurso directo de nulidad, revisión de las acciones de defensa). Es destacable, porque además confirma nuestra postura enunciada en la introducción, que el novísimo Código Procesal Constitucional de Bolivia incluya un último título, destinado al procedimiento, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, del procedimiento de consulta sobre la constitucionalidad de la reforma parcial de la Constitución.

Al margen de estos Códigos, encontramos en Costa Rica y México dos leyes especiales que cumplen la misma finalidad y que, a nuestro juicio, coincidente con N. P. Sagües (en contra D. García Belaunde), pueden ser asimiladas a Códigos Procesales Constitucionales, aun cuando formalmente no lo son.

En Costa Rica existe una Ley n° 7135, publicada en la Gaceta n° 198, el 10 de Octubre de 1989, de “la jurisdicción constitucional”. La misma, en el art. 1° establece: “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario

⁽⁸⁾ Cfr., para todo el párrafo, GARCÍA BELAUNDE, D. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Idemsa, Lima, 2009, pp. 235 y ss.

vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”, de modo que, podemos afirmar, que tiene el mismo objeto y los mismos fines que los Códigos de Derecho Procesal Constitucional que hemos visto en el párrafo anterior. Este país tiene la particularidad, por comparación a los Estados de su entorno, de presentar, tras la reforma constitucional de 1989, y la aprobación de la ley a la que nos acabamos de referir, una jurisdicción constitucional concentrada en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el art. 10 de la Constitución política. En México existe igualmente una Ley especial que regula in extenso el Derecho Procesal Constitucional. Tras una reforma constitucional de 6 de Junio de 2011 se introdujeron cambios en el juicio de amparo, regulado en los arts. 103 y 107 de la Constitución, el cual se ve robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general, al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; con la introducción de figuras como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo; la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; la declaratoria general de inconstitucionalidad cuyos alcances y condiciones establece la Ley de Amparo; la creación de los Plenos de Circuito; y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”; entre otras.⁹ En desarrollo de los mencionados preceptos constitucionales se publica el 2 de Abril de 2013 (última versión el 14 de Julio de 2014) la nueva Ley de Amparo, que abroga la anterior de 1936. El título de esta ley especial puede llevar a equívocos sino se considera que el juicio de amparo el México comprende un conjunto amplio de garantías constitucionales como: a) el habeas corpus b) la impugnación de la constitucionalidad de las leyes c) el amparo contra resoluciones judiciales d) el amparo contra resoluciones de la administración pública federal y de algunas entidades federativas e) el amparo en materia social agraria, a los que ahora hay que añadir los antes mencionados. En este país, desde la reforma constitucional de 15 de Agosto de 1988 (que, por cierto, redujo de veintiuno a once los ministros que la integran), la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene, de iure las competencias (de estricta naturaleza constitucional) que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene de facto: la segunda instancia de los juicios de amparo.

⁹ Información extraída de la página web de la SCJN (<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>) el 23 de Octubre de 2014.

IV. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LOS ENTES DESCENTRALIZADOS DE ESTADOS FEDERALES

Si el estudio del Derecho Procesal Constitucional y, a la postre, su codificación, son convenientes para avanzar en la consolidación del principio de supremacía constitucional y en la protección de los derechos de los ciudadanos, es evidente que en los Estados federales, o políticamente descentralizados, será corresponsabilidad de todas las autoridades públicas (federales y regionales) prestar las garantías básicas objeto de esta disciplina científica. Y así sucede, en dos Estados federales del continente latinoamericano, aunque las características de la protección multinivel de los Derechos Fundamentales en uno y otro Estado son opuestas.

Antes de entrar, sin embargo, en la explicación del Derecho Procesal Constitucional a nivel subestatal en Argentina y México, creemos que es menester hacer una serie de consideraciones de principio sobre el desarrollo de esta disciplina por los entes descentralizados de un Estado federal. Debemos partir de que todo sistema federal es un sistema complejo con incidencias recíprocas. Así, por un lado, no le falta razón a D. García Belaunde cuando afirma que las instituciones de Derecho Procesal Constitucional se ven condicionadas, en virtud del principio de supremacía constitucional, por lo establecido a nivel federal. En primer lugar se tendrá que estar a lo que establece la Constitución federal a la hora de verificar si pueden ser instaurados tribunales y procedimientos de protección de las constituciones estatales. Por ejemplo, esto no será posible en los Estados federales, como Austria, en los que el poder judicial sea unitario para toda la Federación. En segundo lugar el alcance de las resoluciones dependerá también, como es obvio de lo dispuesto en la Constitución federal: el ejemplo claro, en este caso, se corresponde con México, donde las Salas Constitucionales de los estados, en el juicio de protección de Derechos Humanos no pueden anular la ley que provoca la lesión por ser, ex arts. 103 y 107 CPEUM, competencia exclusiva de los Tribunales federales. Por otro lado, la adopción de normas y procedimientos de carácter procesal constitucional por las entidades federativas tiene repercusión a nivel nacional. Dos ejemplos, extraídos precisamente de los Estados que vamos a ver con algo más de detenimiento a continuación ayudarán a aclarar esta cuestión: El Código Procesal Constitucional de Tucumán es la antesala del control de constitucionalidad también a nivel federal. El Código Procesal Constitucional de esa provincia, que es el primero de su especie, regula los procesos que han de seguirse ante los Tribunales provinciales antes de que pueda llegar, en su caso, a la Corte Suprema. Y en este sentido se debe recordar que la Federación (que sí dicta los Códigos materiales —civil, penal etc.— que

aplican los Tribunales Provinciales no tiene competencia sin embargo, para dictar normas de carácter procesal en las provincias que no delegasen). En México, el amparo ante el juez federal se tiene que presentar tras agotar todos los recursos previos, y la doctrina y la jurisprudencia ha considerado el juicio de protección de Derechos Humanos dentro de estos, por lo que es un requisito, establecido a nivel estatal, que los ciudadanos de ese Estado deben cumplir con carácter previo a acudir a los Tribunales de la Federación.

Hechas estas aclaraciones, veamos brevemente las características del Derecho Procesal Constitucional "local" en Argentina y México.

En Argentina, donde la jurisdicción federal es limitada y excepcional, reduciéndose sus competencias a las que le atribuye el art. 116 de la Constitución las Provincias, y concretamente Santa Fe (1921) Entre Ríos (1933) o Santiago de Estero (1939), fueron las primeras en establecer, en sus respectivas constituciones, recursos de amparo para la protección de Derechos Fundamentales. Por lo que respecta al amparo federal, siguiendo a C. B. Sbdar, podemos distinguir una primera etapa de amparo judicial (1957–1968), una segunda etapa de amparo regulado legalmente (1966–1994) y una última etapa, después de la reforma de la Constitución Federal en 1994, de amparo regulado constitucionalmente, en el art. 43 de la Carta Fundamental. Junto a este amparo federal coexisten normativas de amparo provinciales que, no pudiendo de ningún modo limitar o restringir la garantía federal pueden establecerlas, sin embargo, más amplias. El amparo federal protege frente a violaciones de los derechos consagrados en la Constitución federal producidos tanto por autoridades federales o provinciales, así como por los particulares. Ante los Juzgados y Tribunales provinciales, cuando las partes del proceso sean autoridades provinciales o particulares sometidos a la jurisdicción estadual, cabe interponer tanto el amparo federal como provincial. Cabe destacar, porque además fue la primera norma de estas características en Latinoamérica, que la Provincia de Tucumán aprobó, en 1995,¹⁰ un Código Procesal Constitucional, cuyo autor es S. Díaz Ricci, Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán, y por aquel entonces legislador provincial, que tiene por objeto garantizar los derechos de las personas consagrados por la Constitución Provincial y Nacional, los tratados y las leyes Provinciales (art. 1), estableciendo para ello que las acciones de hábeas corpus, amparo y de protección de los derechos comunes o difusos se sustanciarán ante los Tribunales de Primera Instancia que por materia corresponda, (art. 4), salvo que se trate de actos lesivos que emanen de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Cámaras de

⁽¹⁰⁾ El proyecto fue presentado en 1992, aprobado en 1995 y entró en vigor en 1999.

Apelaciones y Cámaras de Instancia Única, en cuyo caso son sustanciados ante la Suprema Corte, mientras que la Corte de Apelaciones conoce de aquellas procedentes de los Jueces de Primera Instancia. Este Código se inspiró, tal y como reconoce su propio autor, en uno presentado en 1990 al Congreso de la Nación por J. Gentile que, sin embargo, no prosperó.

En México, la reforma de la constitución del estado de Veracruz incorporó por primera vez, en una norma de esta naturaleza, un catálogo de derechos, siendo seguida por las constituciones de la práctica totalidad de los estados, aunque no todos, sin embargo, establecieron garantías para los mismos a través de un proceso sustentado ante la jurisdicción local. Hasta donde nosotros tenemos noticia, tan sólo los estados de Veracruz (art 64 C.V), Tlaxcala (art. 81 C.T) y Querétaro (art. 29 C.Q) han establecido juicios de protección de Derechos Fundamentales, configurándolos de distinta manera.

Así, en Veracruz, se sustentan ante una Sala Constitucional del TSJ mientras que en Tlaxcala y Querétaro es el pleno de sus respectivos de sus Tribunales Superiores de Justicia los competentes para conocer de la violación de los derechos recogidos en sus constituciones estatales. Una segunda diferencia consiste en que, no pudiendo ninguna de estas jurisdicciones declarar la nulidad del acto, pues el amparo es, como hemos visto, competencia exclusiva de los Tribunales de Circuito y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todas ellas tratan de reponer el statu quo del momento en que se produjo la lesión, pero sólo la Sala Constitucional de Veracruz establece, además, una indemnización económica. En marzo de 2010, la SCJN estableció, con efectos vinculantes, que las sentencias dictadas en juicio de protección de Derechos Fundamentales por las jurisdicciones constituciones de los estados eran recurribles en amparo ante los Tribunales de la Federación.

V. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL

Porque el Derecho Constitucional está, en nuestros días, necesariamente abierto al Derecho Internacional, un Derecho Procesal Constitucional moderno tiene igualmente que contener reglas procedimentales que hagan efectivas las garantías a la libertad contenidas en los instrumentos internacionales. Para conseguir este objetivo podemos distinguir varios caminos:

a) En primer lugar está, obviamente, adecuar el Derecho interno de los Estados en lo necesario para hacer realidad los derechos consagrados en los Tratados Internacionales y, en especial, el Pacto de San Jose. Esta obligación se deriva del propio art. 2 de la Convención Americana de

Derechos Humanos la cual establece que: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Paradójicamente fue Chile el Estado que propuso la inclusión de este artículo en la Convención y el que sufrió sus consecuencias cuando, por Sentencia de 5 de Febrero de 2001 este Estado fue condenado por haber prohibido, de acuerdo con su Derecho interno, la exhibición de la película “la última tentación de Cristo”. El país andino modificó, el 25 de Agosto de ese año su Constitución, de acuerdo con la Sentencia de la CIDH.

b) En segundo lugar, la ejecución de las SCIDH. Algo, por cierto, que no se ha logrado satisfactoriamente en algunos Estados europeos como España. Sirva como ejemplo el acuerdo de la Sala de lo Penal del TS, de 21 de Septiembre de este año que, ante la confusión que causó el caso De Prado c. España, establece que en ausencia de otra regulación legal más acorde, es el recurso de revisión (un instrumento absolutamente excepcional) el medio por el que los interesados pueden instar la ejecución de Sentencias del TEDH. Lo más respetuoso con la finalidad perseguida es una solución como la adoptada por el art. 115 del Código Procesal Constitucional del Perú, el cual indica: “Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley Nº 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”. Si esta es la solución más democrática, en el extremo opuesto se encuentra Venezuela; un Estado latinoamericano que, sin lugar a dudas, se desliza desde hace unos años cada vez en mayor medida, por senderos autoritarios. Su TSJ, en una patética Sentencia 1939, de 18 de Diciembre de 2008, además de declarar inejecutable una sentencia de la CIDH, afirma lo siguiente: “Igualmente, con base en el mismo principio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en

el aludido Tratado". Esta resolución parece, desde luego, contraria al espíritu del art. 23 de su Constitución, que establecía la aplicación preferente de los Derechos Humanos reconocidos en los Tratados cuando sean más favorables, pero es contraria, desde luego, sin ningún género de dudas, al art. 68.1 de la Convención, el cual dispone que: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

Esto debería, en nuestra opinión, extenderse también a las medidas cautelares que adopte la Comisión. De este mismo año hay dos Resoluciones de este órgano (concretamente las Resoluciones 5 y 6 de 2014) solicitando a Ecuador y Colombia respectivamente la suspensión de la condena a determinados presos políticos que fueron seriamente discutidas por los Presidentes de ambos Estados¹¹ en lo que constituye, como mínimo, un acto de imprudencia política pues, en todo caso, deben decidir los Tribunales de aquellos países con total independencia.

c) En tercer y último lugar, el control de convencionalidad. Todos los jueces nacionales están obligados a realizar un control de convencionalidad de la normativa estatal que debe realizar, teniendo, en todo caso, la CIDH, la última palabra. En la Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, este Tribunal estableció que: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Esta posición, no obstante, era matizada en la Sentencia Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, de 24 de Noviembre del mismo año, pues dice, esta vez, "aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

⁽¹¹⁾ Vid., noticias del diario "El País" de 20 y 25 de Marzo (http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/24/actualidad/1395701928_664943.html y http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/20/actualidad/1395276043_029347.html).

Sea como fuere, en nuestra humilde opinión, este control de convencionalidad al que están obligados los jueces de los Estados de la Convención, debe realizarse antes, del control de constitucionalidad (allí donde exista control difuso) o del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad al órgano competente.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde, al menos, 1944, se trata de afianzar (académicamente y en la práctica jurídica) en el continente latinoamericano una nueva disciplina, denominada Derecho Procesal Constitucional. Las dificultades para su plasmación práctica han tenido que ver, sobre todo, con los derroteros políticos de algunos de estos países, bajo el yugo de dictaduras autocráticas durante bastante tiempo. Como disciplina científica, las dificultades con las propias de cualquier Ciencia emergente (nombre, concepto, objeto de estudio, instituciones etc.).

En este breve trabajo hemos tratado de recoger, al menos, a grandes rasgos, los principales debates y los principales textos normativos de esta materia en América Latina, aportando nuestra propia visión al respecto, esperando que pueda servir de guía a estudiosos europeos. El momento propicio nos pareció éste, cuando se cumplen veinte años del primer Código Procesal Constitucional del continente (el de la Provincia de Tucumán), y diez del primer Código de estas características a nivel nacional en Perú.

Bibliografía

- ASTUDILLO REYES, C. "Doce Tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional" *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 2 (2008).
- CAPPELLETTI, M. *La Giurisdizione Costituzionale della Libertà. Ristampa inalterada de la prima edizione*. Giuffrè, Milano, 1976 (1955).
- CAPPELLETTI, M. *Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato. Ristampa inalterada*. Giuffrè, Milano, 1979 (1968).
- COLOMBO CAMPBELL, J. "Funciones del Derecho Procesal Constitucional" *Ius et Praxis*. Vol 8, Nº 2 (2002).
- DE VEGA GARCÍA, P. "La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)" en CARBONELL, M. (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. UNAM, México, 2002.
- DÍAZ RICCI, S. "Necesidad de un Código Procesal Constitucional" En VEGA GÓMEZ, J Y CORZO SOUSA, E. *Instrumentos De Tutela Y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. UNAM, México, 2002.

- FERRER MACGREGOR, E (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa, México, 2001.
- FERRER MACGREGOR, E. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Prólogo de Diego Valadés. Estudio Introductorio de Hector Fix-Zamudio. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, H. "Introducción al Derecho Procesal Constitucional". *Memoria del Colegio Nacional*, 1997, México, 1998.
- FONDEVILA MARÓN, M. "Las declaraciones de derechos en las constituciones estatales. Una comparativa México-España". En LEÓN BASTOS, C. Y WONG MERAZ, A. *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Jorge Carpizo en Madrid*. Porrúa, 2010.
- GARCÍA BELAUNDE, D. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Edición al cuidado y notas introductorias de Jose F. Palomino Manchego. 2ª edición, revisada, corregida y aumentada. Grijley, Lima, 2000.
- GARCÍA BELAUNDE, D. *Derecho Procesal Constitucional*. Estudio Preliminar de Gerardo Eto Cruz, Marsol, Lima, 1998.
- GARCÍA BELAUNDE, D. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Idemsa, Lima, 2009.
- GONZALEZ PÉREZ, J. *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1980.
- HÄBERLE, P. "El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional". Revisión de Mariela Trujillo Wüterle. En *Pensamiento Constitucional*. nº 8 (2001).
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina" en *Estudios Constitucionales*. Año 7, Nº 1 (2009).
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Reforma versus Revolución Consideraciones desde la teoría del Estado y de la constitución sobre Los límites materiales a la revisión Constitucional*. Porrúa, México, 2014.
- SAGÜES, N. P. "La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica" En *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*. Nº 74 (1991).

LA REBELDÍA DEL LEGISLADOR

Jose Miguel Rojas Bernal

SUMARIO: I. La rebeldía del legislador. II. Rebeldía legislativa e interpretación evolutiva.

I. LA REBELDÍA DEL LEGISLADOR

1. Definición y características

Un concepto preliminar acerca de qué deba entenderse por “rebeldía legislativa” puede ser el siguiente: la aprobación por el Congreso de la República de un precepto legal que reproduce una *norma* previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (TC) a través de una sentencia de inconstitucionalidad. De esto se deduce que el estado de rebeldía legislativa resultaría de la concurrencia sucesiva de los siguientes actos normativos:

- Primero: el Congreso de la República sanciona una Ley “A” con un contenido “X”
- Segundo: el TC expide una sentencia que declara la inconstitucionalidad del contenido “X” de la Ley “A” en un proceso de inconstitucionalidad, expulsándola del ordenamiento jurídico
- Tercero: el Congreso de la República sanciona una nueva Ley “A”, que reproduce el contenido “X”, declarado inconstitucional por el TC.

Sin embargo, se trata de una definición a todas luces preliminar, cuya extensión o restricción semántica depende de las propiedades que se atribuyan a los factores o elementos allí contenidos, y que son los siguientes:

- a. La *sentencia de inconstitucionalidad*, cuyas cualidades a analizar son las siguientes:
1. El tipo de infracción constitucional sancionado (si la declaratoria de inconstitucionalidad lo fue por la forma o por el fondo): así, sólo se producirá una rebeldía legislativa cuando el Congreso de la República apruebe un precepto legal que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional *por el fondo* en una sentencia de inconstitucionalidad del TC. En cambio, no estaremos ante tal rebeldía si el precepto legal fue declarado inconstitucional *por la forma*, y luego es reproducido en una nueva disposición normativa que supera, esta vez, el vicio formal inicialmente detectado en la sentencia.
 2. Su naturaleza (estimatoria simple, interpretativa, manipulativa o exhortativa): aquí se puede señalar que existirá rebeldía legislativa cuando el Congreso sancione una ley que, por vía directa o indirecta, *reintroduzca* una norma que ha sido declarada inconstitucional por el TC; *altere* el contenido normativo del precepto legal ampliado o reducido en virtud a una sentencia manipulativa; o finalmente, *no expida* la ley sustitutoria compatible con la Constitución dentro del plazo concedido en una sentencia exhortativa vinculante con *vacatio sententiae*.
 3. Los motivos determinantes de la inconstitucionalidad (fallo y *ratio decidendi*): y es que, en efecto, para apreciar un estado de rebeldía legislativa, corresponderá hacer una lectura integral de la sentencia de inconstitucionalidad, que incluya el fallo y su fundamentación relevante.
- b. El *nuevo precepto legal*: cuyas propiedades a tener en cuenta son las siguientes:
1. Su naturaleza (activa u omisiva): desde esta perspectiva, será rebeldía legislativa tanto aquella que se produce *por acción* (el Congreso sanciona una ley que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC) como aquella que se genera *por omisión* (el Congreso no emite la ley sustitutoria dentro de la *vacatio sententiae* concedida por una sentencia estimatoria exhortativa vinculante).
 2. Su grado de identidad con la antigua norma declarada inconstitucional (*leve, medio o fuerte*): en líneas generales, se podrá afirmar que estamos ante una rebeldía legislativa cuando dicho grado de identidad es *fuerte o medio* (en el sentido de que ambos

elementos “utilizan” los mismos términos, o utilizan palabras distintas pero que son sinónimas; o cuando el nuevo precepto genera la reproducción a través de la incorporación y/o derogación de un cierto enunciado normativo formalmente distinto); apreciación que, en todo caso, quedará en manos del órgano llamado a realizar dicho examen de identidad.

3. Su modalidad de rebeldía (si reproduce la ley o sólo restringe sus efectos): la rebeldía legislativa podrá serlo del contenido normativo declarado inconstitucional por el TC en su sentencia (rebeldía legislativa *típica* o *convencional*), o de los efectos temporales de dicha declaratoria de inconstitucionalidad (rebeldía legislativa *atípica*).
4. El motivo (expreso o tácito) de la rebeldía: que podrían ser, entre otros, adecuar la Constitución a un nuevo escenario fáctico o jurídico, o simplemente disentir de la postura del TC adoptada en su sentencia (lo que puede obedecer a motivos técnicos, políticos, económicos, sociales, etc.).
5. La extensión de la rebeldía (total o parcial): así, se podrá decir que la nueva ley incurre en rebeldía legislativa *total* si el íntegro de su contenido normativo reproduce una o más normas declaradas inconstitucionales por el TC; en cambio, incurrirá en rebeldía legislativa *parcial* cuando sólo algunos aspectos de su redacción o interpretación reproducen dichas normas inconstitucionales.
6. Su dimensión temporal (vale decir, el lapso que media entre la sentencia de inconstitucionalidad y la aprobación del nuevo precepto legal): de este modo, si ese lapso fuera demasiado *breve*, será fácil deducir que nos encontramos ante una situación de rebeldía manifiesta o patente; en cambio, si ese lapso apareciera como *extenso* o *muy prolongado*, dicho carácter manifiesto se desvanecería o, cuando menos, sería opinable.

Si esto es así, además de los supuestos antes analizados, es posible apreciar la existencia de tres actos normativos que tampoco se encuadran dentro del concepto de “rebeldía legislativa”, en los términos aquí planteados.

El primer caso que debemos mencionar es el de la *reforma constitucional*. En efecto, nada impide considerar que, en respuesta a la sentencia de inconstitucionalidad proferida por el TC, el Congreso reaccione a través de una reforma constitucional que tenga por objeto cualquiera de estas dos finalidades: a) modificar las normas constitucionales que sirvieron de parámetro en el proceso de inconstitucionalidad que culminó con la sentencia estimatoria, habilitando así al legislador a reproducir la norma

en su día declarada inconstitucional (modificación de *la norma constitucional parámetro*); o, b) introducir una norma expresa en la Constitución que reproduzca el contenido de la norma declarada inconstitucional por el Tribunal en su sentencia (*constitucionalización de la norma legal*).

De prosperar una reforma constitucional de tales características, no podría ésta ser considerada una “rebeldía legislativa” sino, en todo caso, una “respuesta constitucional” (y ciertamente, democrática) a la sentencia expedida por el TC. Y es que, a través del ejercicio del poder de reforma constitucional, un precepto legal que antes era reputado inconstitucional puede convertirse en constitucional, y ello no implicará rebeldía alguna: por el contrario, y como se verá, esta alteración de la norma constitucional que sirvió de parámetro a la anterior sentencia estimatoria de inconstitucionalidad supondrá necesariamente la relativización de la *cosa juzgada material* de ella emanada, específicamente, de sus límites temporales.¹ Pero, además, la reforma constitucional como método de respuesta a una sentencia del TC, si bien en algunos casos puede resultar remota, constituye uno de los mecanismos legítimos para “encauzar” la discrepancia del legislador democrático respecto a la postura del supremo intérprete de la Constitución expresada en su sentencia.² Pensada en esos términos, la reforma constitucional, en vez que desmejorar, tiene por virtud elevar el nivel del diálogo entre el legislador y la jurisdicción constitucional, en un contexto en el que la Constitución es siempre objeto de interpretación plural. Favorecer un mayor contrapeso “democrático” a la justicia constitucional supone admitir como “legítima” y hasta “natural” esta posibilidad.

El segundo supuesto que tampoco cabe calificar como rebeldía legislativa es el de la *derogación de una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el TC*. En efecto, emitida la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad por el TC, el acto legislativo mediante el cual el Congreso derogara o modificara le ley en cuestión calzaría perfectamente dentro de las competencias que la Constitución le ha atribuido a dicho poder del Estado. Y es que la declaración de constitucionalidad de una ley (*rectius*: una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad) no convierte a la misma en una super-ley, cambiándole su estatus. Y lo mismo sucederá cuando la sentencia desestimatoria lo haya sido por un sentido interpretativo de la ley que el propio Tribunal no ha calificado como “único y “exclusivo”, pues el

⁽¹⁾ De ahí que, con acierto, señalara Kelsen que la inconstitucionalidad material es, en última instancia, una inconstitucionalidad formal, pues una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución “dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional [KELSEN, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución...”, op. cit., p. 21].

⁽²⁾ Sobre ello, FERRERES COMELLA, Víctor. *Una defensa del modelo europeo...*, op. cit., p. 151.

Congreso podría emitir una ley que adopte una interpretación igualmente constitucional, con excepción de la rechazada por el Tribunal, en ejercicio de su libre configuración normativa. En uno y otro caso, carecería de sentido hablar de rebeldía legislativa alguna.

Finalmente, es también factible que la aprobación de la ley inconstitucional se reproduzca materialmente a través de instrumentos normativos distintos a la ley; en cuyo caso se habrían logrado los mismos objetivos que se querían evitar con la sentencia de inconstitucionalidad, pero en este caso el Congreso no tendría responsabilidad alguna, al menos formalmente, al no haber sido dicho poder del Estado el que reitera el precepto cuestionado. De manera que, en estricto, tampoco en este caso estaremos ante un supuesto de rebeldía legislativa, en los términos que plantea esta investigación.

2. La inconstitucionalidad de la rebeldía legislativa: perspectivas de análisis

Definidos así los elementos de la “rebeldía legislativa”, consideramos que un acercamiento integral a los problemas jurídicos que ella plantea, requiere partir de los siguientes ejes de análisis:

- a. En primer lugar, el punto de vista *sustantivo* sobre la interpretación de la Constitución: en cuyo caso el centro de atención gira, por un lado, alrededor del cuadro de competencias que la Constitución establece en lo tocante a su interpretación y a quién debe ser su supremo intérprete; y por el otro, sobre el grado de presunción de constitucionalidad que es posible predicar de la ley resultante de una rebeldía legislativa (en adelante, “ley reiterativa”).
- b. En segundo lugar, el punto de vista *procesal* sobre la cosa juzgada constitucional: a partir del cual podremos responder a la pregunta de si el legislador se encuentra vinculado o no a la cosa juzgada emanada de la sentencia de inconstitucionalidad y si, en consecuencia, la ley reiterativa vulnera dicha institución procesal; y,
- c. En tercer lugar, el punto de vista *teórico* sobre la naturaleza jurídica de la ley reiterativa: es decir, la pregunta por los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, y la incardinación de todo ello en el sistema de fuentes del derecho.

1.1. La perspectiva de la interpretación constitucional

Como hemos afirmado, la función de control de la Constitución exige, necesariamente, dotarla de significado, o lo que es lo mismo, “interpretarla”. Y en el caso del control de constitucionalidad de la ley, esa actividad hermenéutica se materializa a través de la interpretación de dos textos: la

Constitución (parámetro de enjuiciamiento) y la ley impugnada (objeto del juicio), con el fin de apreciar si las normas que se expresan en la segunda son compatibles con el sistema de normas que se expresan en la primera.

Sin embargo, la interpretación de la Constitución (que no control) no es una atribución exclusiva del Tribunal Constitucional, ya que en una “sociedad abierta” de intérpretes del texto fundamental, dicha facultad la ostentan, comparten y practican también todos los poderes del Estado y los ciudadanos, dentro de sus respectivos ámbitos y competencias.³

En ese contexto, la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad bien podría ser entendida como el resultado de la adopción, por parte del Congreso de la República, de una tesis interpretativa de la Constitución discrepante o divergente (o sea, contraria) respecto de la adoptada en la sentencia de inconstitucionalidad.

En efecto, como parte de las competencias que la propia Constitución le asigna, el Parlamento se encuentra facultado para apreciar la inconstitucionalidad de sus propias leyes y, eventualmente, también derogarlas. Pero, como parece evidente, para cumplir estas y otras competencias, dicho poder del Estado debe interpretar la Constitución; por eso, bien podemos considerar que el Parlamento es el intérprete “primario” de la Norma Fundamental.⁴

Sin embargo, una cosa es afirmar que el legislador deba interpretar la Constitución para cumplir con sus funcionales constitucionales, y otra muy distinta concluir que dicha interpretación deba considerarse vinculante para todos los poderes del Estado y para los ciudadanos en general.

En efecto, en el específico caso de la dación de leyes por el Congreso de la República (artículo 102º inciso 1 de la Constitución), dicha interpretación legislativa, concretizada a través de la sanción de una ley, puede ser dejada sin efecto a través de una sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TC, cuando éste la considere incompatible con la Norma Fundamental (artículos 103º y 200º inciso 4 de la Constitución). Por ello, en tanto “intérprete primario” de la Constitución, el Parlamento no podría aprobar una ley con el único objeto de precisar el sentido de una norma constitucional; y, de igual forma, tampoco le estaría permitido desconocer la interpretación de la Constitución efectuada por una sentencia del TC, haciendo prevalecer su propia interpretación constitucional a través de una ley, so pena de vulnerar el principio de separación de poderes.

³ HÄBERLE, Peter. “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador). *Interpretación constitucional*. T. I. México D.F.: Porrúa / UNAM, 2005, p. 692.

⁴ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La ‘Constitución Abierta’ y su interpretación*. Lima: Palestra, 2004, pp. 254–255.

No es, pues, el Congreso de la República, el órgano cuya interpretación constitucional está llamada a prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el fenómeno de la rebeldía legislativa (vale decir, el intento del legislador de imponer su tesis interpretativa sobre la Constitución por medio de la aprobación de una ley que reproduce una anteriormente declarada inconstitucional) no se corresponde con las competencias que la Constitución ha otorgado al Congreso de la República, como poder constituido que es.

En cambio, a diferencia de lo que sucede con la posición institucional del legislador, la del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete “secundario” (y no cotidiano) de la Constitución pues, a decir de Díaz Revorio, “su interpretación sólo se produce en caso de conflictos constitucionales, y a instancia de parte legitimada”.⁵ A pesar de ello, se considera que el Tribunal Constitucional es el intérprete “supremo” de la Constitución, lo que trae como lógica consecuencia que su resultado interpretativo se imponga sobre los demás poderes del Estado y sobre los particulares.

En efecto, eso es lo que se desprende de la propia configuración normativa del Tribunal Constitucional como “órgano de control de la Constitución” (artículo 201º de la Constitución) y “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad” (artículo 1º de la Ley N.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y artículo 1º de su Reglamento Normativo), lo cual justifica que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad “vincul[e]n a todos los poderes públicos” (artículo 82º del Código Procesal Constitucional).

Así por ejemplo, la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial se encuentra asegurada por la previsión normativa según la cual los jueces y tribunales, por un lado, “no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad” y, por el otro, deben interpretar y aplicar las normas legales e infralegales según los preceptos y principios constitucionales “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (artículo VI del Código Procesal Constitucional).

Pero, además de todo ello, la interpretación constitucional que presupone el control de constitucionalidad de la ley se convierte, ella misma, en fuente de derecho constitucional, de un modo tal que dicha interpretación pasa a formar parte parámetro de control del enjuiciamiento a la ley en el mismo nivel que el texto interpretado (la Constitución).

La sentencia constitucional manifiesta pues, como nos dice Balaguer Callejón, una evidente *función normativa*: la interpretación que realiza

⁵ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución 'Abierta'...*, op. cit., pp. 256-257.

la jurisdicción constitucional sobre el texto constitucional da lugar a la configuración de *normas paraconstitucionales*, es decir, “normas constitucionales de creación jurisprudencial”, las cuales “pasan a formar parte del parámetro sobre cuya base la jurisdicción constitucional ejercita su control de constitucionalidad sobre los poderes públicos”.⁶ Y esto es así porque las sentencias constitucionales desarrollan una *función normativa*, esto es, porque incorporan al ordenamiento jurídico no sólo interpretaciones de los preceptos legales y constitucionales, sino que extraen normas de tales disposiciones “que complementan el nivel constitucional y legislativo del sistema jurídico”.⁷ Dicho en otras palabras: “las determinaciones que de las disposiciones abiertas, vagas e imprecisas realiza el Tribunal Constitucional (...) conforman en sí mismas derecho, y además, de rango constitucional”.⁸

En definitiva, la rebeldía legislativa como fenómeno constitucional se revela como una afectación a la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional con relación a su interpretación de la Constitución, puesta de manifiesto en la sentencia de inconstitucionalidad; y en sentido, supone también una afectación a la propia Constitución, concretizada a través de la interpretación de su supremo intérprete, la cual vincula a todos los poderes públicos y, por ende, también al legislador. Y dicha doble afectación se produce puesto que, al aprobar la ley reiterativa, el Congreso de la República desconoce dicho parámetro normativo (la Constitución y su interpretación por el TC), el cual le resulta plenamente vinculante.

Esta conclusión trae consigo importantes consecuencias, no sólo en lo que concierne a la pregunta sobre cuáles serían los mecanismos ideales para restablecer la supremacía normativa del Tribunal Constitucional vulnerada por la rebeldía legislativa (y con ello, para garantizar la supremacía normativa de la Constitución); sino también por el mismo *status* que cabe atribuir a una ley reiterativa, de este modo aprobada, a partir del enfoque de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, si tenemos en cuenta que la presunción de constitucionalidad de las leyes puede valer tanto como un “criterio de interpretación” (concretizado a través de los principios de interpretación conforme a la Constitución y de deferencia hacia el legislador democrático), así como una “regla de acción” (en el sentido de que los actos normativos deben

⁽⁶⁾ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “La función normativa de las sentencias constitucionales”. *Criterio y conducta*. Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, N.º 4, julio-diciembre 2008, p. 31.

⁽⁷⁾ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “La función normativa...”, *op. cit.*, pp. 33.

⁽⁸⁾ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. México D.F.: Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. 112.

ser tratados como válidos, mientras no haya declaración de invalidez), podremos apreciar que ley reiterativa no goza de tal presunción, por dos razones: a) en primer lugar, por la manifiesta inconstitucionalidad de la ley reiterativa, en su contraste con la Constitución y su interpretación autorizada por el TC a través de la anterior sentencia de inconstitucionalidad; y b) en segundo lugar, porque la ley reiterativa vulnera el principio de concordancia práctica, en combinación con el de separación de poderes.

Con relación a lo primero, la manifiesta inconstitucionalidad de la ley reiterativa, derivada de su simple contraste con la sentencia de inconstitucionalidad del TC, se convierte en una prueba de cargo que derrota la presunción de constitucionalidad *prima facie* de dicha ley aprobada por el Parlamento. En ese sentido, al no existir duda sino certeza sobre su inconstitucionalidad, la ley reiterativa estaría afectada por una suerte de “presunción de inconstitucionalidad”, que la haría claramente vulnerable de cara a un futuro control de constitucionalidad efectuado, bien por el Poder Judicial, bien por el propio TC.

Y con relación a lo segundo, sostenemos que la ley reiterativa vulnera el principio de concordancia práctica y de separación de poderes, en la medida en que la interpretación constitucional que subyace en la nueva ley, además de discrepar de la sostenida por el Tribunal Constitucional, pretende primar sobre ella a través de la restauración de la norma previamente declarada inconstitucional, contradiciendo de este modo la supremacía interpretativa que sobre la Constitución ostenta el Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, e interfiriendo además en su competencia de control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, es posible afirmar que el principio de *corrección funcional* le impone al legislador el deber de asumir que, en nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución en materia de control de constitucionalidad de la ley, lo cual le obliga a respetar dicha interpretación “suprema” al momento de ejercer su función legislativa.

1.2. La perspectiva procesal sobre la cosa juzgada constitucional

Un primer acercamiento al tema planteado nos permite descartar, en principio, que el fenómeno de la rebeldía legislativa vulnere la cosa juzgada *formal* de la sentencia de inconstitucionalidad, ya que la ley reiterativa no ataca la firmeza de dicho pronunciamiento: de hecho, luego de aprobada una ley de estas características, la sentencia no pierde su condición de inimpugnable e irrecorrible ante el propio Tribunal Constitucional. En cambio, sí reviste complejidad la respuesta a la pregunta de si el legislador vulnera o no la cosa juzgada *material* de la sentencia, por medio de la aprobación de una ley reiterativa.

En líneas generales, no parece haber mayor problema en admitir que la cosa juzgada *material* de la sentencia de inconstitucionalidad vincula, en primer orden y por definición, a los jueces y tribunales ordinarios del Poder Judicial. En efecto, en el desempeño de la función jurisdiccional, tales operadores jurídicos están necesariamente obligados, primero, a aplicar una norma cuya constitucionalidad en relación a un cierto parámetro haya sido declarada por el Tribunal Constitucional a través de una sentencia desestimatoria (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), lo que supone una clara limitación a su potestad constitucional de ejercer el control difuso (artículo 138º de la Constitución); y segundo, están obligados a no aplicar una norma que ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico a través de una sentencia de estimación simple, precisamente en virtud del triple efecto que éstas despliegan en nuestro ordenamiento: eficacia *erga omnes*, vinculación a todos los poderes públicos, y cosa juzgada material.

En cambio, la vinculación del legislador a la cosa juzgada *material* de una sentencia de inconstitucionalidad constituye una hipótesis de trabajo que necesita una construcción teórica más compleja, para la cual conviene partir de lo que se dispone normativamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por un lado, mientras que la propia Constitución afirma que ella “prevalece sobre toda norma legal” (artículo 51º) y reconoce que el Tribunal Constitucional es su órgano de control (artículo 201º), el estatuto normativo de este último lo define como su supremo intérprete (artículo 1º de la Ley N.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); condición que necesariamente ha de ostentar en el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el control de constitucionalidad de las leyes a través del proceso de inconstitucionalidad (artículo 200º inciso 4 de la Constitución).

Por otro lado, la Norma Fundamental fija como una de las atribuciones del Congreso de la República el “[d]ar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes” (artículo 102º inciso 1), pero dispone también que otra de tales atribuciones es “[v]elar por el respeto de la Constitución y de las leyes” (artículo 102º), respeto que, por las razones jurídicas antes mencionadas, debemos entender como comprensiva también de las sentencias del Tribunal Constitucional. Dicho en otras palabras, el “respeto a la Constitución” que, en el ejercicio de su función legislativa, ha de observar el Congreso de la República, supone necesariamente el “respeto a las sentencias del Tribunal Constitucional”, que son normativamente la expresión de su interpretación suprema. De este modo, la genérica obligación de respetar la Constitución recibe una

peculiar configuración de la cosa juzgada constitucional, “de modo que la relación bilateral Constitución-ley (...) se convierte en una relación trilateral (Constitución-sentencia-ley)”.⁹

Situados en ese contexto, es posible concluir que la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad por medio de la aprobación de una ley reiterativa, contraviene la cosa juzgada *material* de dicha sentencia estimatoria, como acto procesal que es, pues desconoce el acto de autoridad del Tribunal Constitucional que expulsó la norma legal en razón a su incompatibilidad con la Constitución. Y asimismo, al volver a introducir la norma que fuera dejada sin efecto en la sentencia, el legislador le resta eficacia al sistema de control de constitucionalidad de la ley que la propia Norma Fundamental establece en resguardo de su supremacía (artículo 200º inciso 4), y que le otorga al Tribunal Constitucional la última palabra en el proceso de inconstitucionalidad, del cual es instancia única (artículo 202º inciso 1).

Por ello, así como de la cosa juzgada *material* de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad se derivan una serie de obligaciones para los jueces y tribunales del Poder Judicial, así también sucede con relación al Congreso de la República, en cabeza del cual surge, en principio y en lo que aquí importa, una *obligación jurídica negativa* de no reproducir, con una ley ordinaria, la norma declarada inconstitucional en una sentencia estimatoria del TC; ello, sin perjuicio de que tal obligación jurídica no venga apoyada por una sanción ante su incumplimiento.

Por lo demás, la doctrina considera que el concepto de cosa juzgada *material* resulta plenamente aplicable a la sentencia estimatoria recaída en un proceso de inconstitucionalidad, precisamente para hacer frente a la reiteración de la *norma* considerada inconstitucional en una nueva *disposición*. Y para lograrlo, considera necesario extender la eficacia de la cosa juzgada no sólo respecto del fallo, sino también respecto de la *norma concreta de la sentencia*, entendida ésta como “aquella consideración o afirmación jurídica que fundamenta el fallo, y que está formulada exactamente de tal modo general que, fuera de la decisión adoptada en el caso concreto, resultaría de ella una decisión igual en casos iguales”.¹⁰

La importancia de esta extensión objetiva de la cosa juzgada constitucional “más allá del estricto tenor literal del fallo” se explica, a su vez, en la

⁽⁹⁾ RUGGERI, Antonio. *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*. Milano: Università di Catania / Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza / Giuffrè editore, 1988, p. 23.

⁽¹⁰⁾ VOGEL. *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, p. 589 y ss. Citado en BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 205.

necesidad de cubrir dos funciones capitales que el TC tiene encomendadas: por un lado, su condición de supremo intérprete de la Constitución (lo que conlleva la preeminencia de sus interpretaciones sobre otras posibles); y por el otro, su función de pacificación, evitando que las medidas o actuaciones proscritas por el Tribunal puedan volver a suscitarse.¹¹ Por ello, en la medida en que “los fallos de las sentencias miran siempre al pasado, no al futuro”,¹² la vinculación a la *ratio decidendi* permite que cada situación de la misma clase (*Sachverhalt*) tenga que ser juzgada igualmente inconstitucional,¹³ razón por la cual el legislador “está obligado en el futuro a eliminar la insuficiencia inconstitucional en el caso decidido y a discurrir en casos idénticos por el auténtico camino jurídico marcado por el Tribunal”.¹⁴

1.3. El caso de la rebeldía legislativa a una sentencia exhortativa vinculante

Hasta aquí, hemos considerado únicamente la hipótesis de la rebeldía legislativa a una sentencia estimatoria simple de inconstitucionalidad (cuyo efecto es asimilable para cualquier pronunciamiento estimatorio de inconstitucionalidad), y de ésta hemos concluido que, por imperio de la cosa juzgada que reviste, genera para el legislador una *obligación negativa* de no reproducción. Sin embargo, hemos dejado incontestada la pregunta de si la rebeldía a una sentencia exhortativa vinculante (vale decir, de aquella que declara la inconstitucionalidad de una norma legal pero no la expulsa del ordenamiento jurídico sino que llama a la colaboración del legislador para que éste apruebe la ley reparadora) vulnera o no la cosa juzgada constitucional, y por ende, si de tal cosa juzgada es posible extraer también una *obligación jurídica positiva* para el legislador democrático.

En principio, y dado que la sentencia exhortativa vinculante encierra en sí misma un pronunciamiento estimatorio (si bien con efecto diferido), la primera obligación del legislador derivada de la cosa juzgada material de dicha declaración será una de signo *negativo*, a saber: no aprobar una norma idéntica a la ya declarada inconstitucional; obligación esta última que, en principio, vale lo mismo cuando se legisla con el propósito de dar cumplimiento a la sentencia exhortativa, como cuando se legisla en un momento distinto, ya sin dicho específico propósito.

Pero, además de ello, de lo que no puede haber duda es de que el emplazamiento al legislador efectuado en una sentencia exhortativa re-

⁽¹¹⁾ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias...*, op. cit., p. 109.

⁽¹²⁾ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias...*, op. cit., p. 64, nota 58.

⁽¹³⁾ GEIGER. *Die Beziehungen...*, p. 173. Citado en BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias...*, op. cit., p. 65.

⁽¹⁴⁾ GEIGER, *Die Grenzen...*, p. 1058. Citado en BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias...*, pp. 65–66.

sulta jurídicamente vinculante, lo cual se pone de manifiesto “si se acude al propio fundamento constitucional del modelo bilateral de reparación” de la inconstitucionalidad,¹⁵ que presupone la colaboración del legislador para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, difícilmente se podría afirmar que la obligación del legislador de actuar en consecuencia con una sentencia exhortativa vinculante se derive de la cosa juzgada material de la misma. De hecho, ésta sólo podría vulnerarse por acción (vale decir, a través de la aprobación de una norma igual o similar a la que se declaró inconstitucional), y nunca por omisión, que es precisamente de lo que se trata en el caso de la rebeldía legislativa por omisión. Y, por esta misma razón, tampoco sería válido afirmar que la inercia del legislador frente a una sentencia exhortativa suponga una trasgresión de su efecto depurador, efecto éste que, por lo demás, cobra toda su plenitud precisamente a raíz de la no aprobación de la ley reparadora.

En realidad, lo que se puede afirmar de un modo genérico es que la inacción del legislador frente a una sentencia exhortativa vinculante califica como una vulneración del *principio de cooperación y lealtad constitucionales*, que es un principio podemos derivar de la Constitución, principalmente de sus artículos 51º (que reconoce el principio de supremacía normativa de la Constitución), 201º (que define al Tribunal Constitucional como su órgano de control) y 102º (según el cual una de las funciones del Congreso de la República es velar por el respeto de la Constitución y de las leyes). Con arreglo a dicha máxima, se entiende que si el modelo de reparación “bilateral” de la inconstitucionalidad busca ser respetuoso de la libre configuración normativa del legislador democrático, lo mínimo que se le puede exigir a este último es prestar su colaboración diligente en el desempeño su papel en dicho modelo, a saber: la aprobación de la norma reparadora reclamada por la sentencia constitucional.

Y ello es así porque, a través de una sentencia exhortativa vinculante, el Tribunal Constitucional expresa la inconstitucionalidad no sólo de la norma en cuestión (cuya expulsión del ordenamiento aplaza para posibilitar la actuación legislativa), sino también de la situación resultante a la cual se llegaría de apreciarse la inercia del legislador (o sea, de la situación de “mayor inconstitucionalidad” que ello acarrearía, y que es lo que precisamente se busca evitar con la *vacatio sententiae*). La imperiosa necesidad de no llegar a dicha situación de vacío normativo “aún más inconstitucional”, así valorada implícitamente en la sentencia (de otra forma, no se aplazaría su efecto depurador), es lo que justifica la obligación de legislar y su consecuente exigibilidad jurídica.

⁽¹⁵⁾ GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 298.

Ahora bien, en línea de principio, esta mayor “inconstitucionalidad” resultante de la desidia legislativa a una sentencia exhortativa vinculante habrá que presumirla en todas las sentencias de este tipo, ya que en todas ellas la actuación del legislador aparece como el único remedio posible para reparar la inconstitucionalidad detectada, mas no sancionada. Y es así como, de toda sentencia exhortativa vinculante, se derivan siempre dos obligaciones específicas para el legislador democrático, adicionales a la que, como vimos, se desprende de la cosa juzgada *material*. A saber: por un lado, el deber de aprobar la ley reparadora, dentro del plazo fijado en la sentencia constitucional; y por el otro, el deber de hacerlo siguiendo las directrices eventualmente establecidas por el Tribunal Constitucional en su sentencia.

A decir de algunos autores, esta *obligación positiva* del legislador respecto a la cosa juzgada constitucional se hace más patente cuando de lo que se trata es de la anulación (bien que diferida) de las denominadas leyes “constitucionalmente obligatorias”, es decir, aquellas que de acuerdo a una primera aproximación, “se presentan como instrumentos necesarios para dar cumplimiento inmediato a los fines y valores (u otras instituciones) constitucionales”,¹⁶ como es el caso de las leyes que crean o regulan el estatuto de los órganos constitucionales, o aquellas que afectan a la materia organizativa del aparato estatal, y que no obstante conservan su valor de ley. En ese contexto, Ruggeri afirma que el incumplimiento de la obligación de seguimiento (*seguito*) de la sentencia constitucional “no equivale a una mera desaplicación de una (...) norma constitucional, sino la violación de un principio fundamental inmanente al sistema, que llama a los órganos constitucionales a cooperar, cada uno dentro del ámbito de su propia competencia (...) a fin de asegurar el mantenimiento y el correcto funcionamiento del sistema mismo”.¹⁷

1.4. La perspectiva de la Teoría General del Derecho

Si, como hemos afirmado, la cosa juzgada material recae siempre sobre la *norma concreta* de la sentencia, y más específicamente, sobre la motivación que sostiene la declaración de inconstitucionalidad; entonces, en la medida en que la ley reiterativa supone siempre una *disposición* formalmente nueva y distinta de la anulada, la solución a esta nueva afectación del orden constitucional no debe buscarse en el *efecto* depurador de la sentencia de

⁽¹⁶⁾ RUGGERI, Antonio: *Le attività “consequenziali”...*, op. cit., p. 77.

⁽¹⁷⁾ RUGGERI, Antonio: *Le attività “consequenziali”...*, op. cit., p. 86. Y agrega: la obligatoriedad en la actividad legislativa consecuencial (*consequenziali*), en tal circunstancia, “responde a la misma *ratio* que prohíbe al legislador no predisponer nada *ab initio* o remover sin recambio la fuente en cuestión” [Idem].

inconstitucionalidad, que se agota con la expulsión de la concreta norma inconstitucional (de lo contrario, se requerirían tantos “fallos” y “procesos de inconstitucionalidad” como “leyes reiterativas” se aprobaran, para restablecer el orden constitucional), sino en la *cosa juzgada material* de la sentencia, de cuyo análisis es posible concluir que la ley reiterativa, no obstante ser una “nueva” *disposición*, al denotar en realidad la “misma” *norma* anteriormente declarada inconstitucional, puede y debe ser enervada en vía de ejecución de la anterior sentencia de inconstitucionalidad (precisamente, en garantía de la cosa juzgada *material* que ésta reviste).

De todo ello, surgen varias preguntas para cuya aproximación es menester salir del campo estrictamente procesal de la cosa juzgada, e ingresar al ámbito propio de la Teoría General del Derecho. Es, decir: ¿qué tipo de fuerza despliega la *norma concreta* de una sentencia de inconstitucionalidad frente a la ley reiterativa? ¿Es lo suficiente como para afirmar que impide el ingreso de la ley reiterativa al ordenamiento jurídico? Y finalmente, ¿resulta válido argumentar que la ley reiterativa no es *anulable*, sino *nula*?

Un autorizado sector de la doctrina opina que algunas leyes pueden calificar como “inexistentes” en ciertos casos tasados y excepcionales, en razón a la “necesidad de reaccionar rápida, eficaz y vigorosamente contra los elementos extraños al ordenamiento”.¹⁸ Y así por ejemplo, autores como Gascón Abellán argumentan que “si la «apariencia de validez» es una buena razón para separarse del régimen de eficacia (retroactiva) establecido en un sistema, la «falta absoluta de apariencia de validez» podría ser también un buen argumento para impulsar una nueva figura: «la inexistencia»”.¹⁹

En esa dirección, ha sido Riccardo Guastini quien, con relación a los supuestos de invalidez de las normas jurídicas, y partiendo de la premisa de que el derecho moderno regula su propia creación y modificación, ha tomado como base de dicha regulación a las llamadas *normas sobre la producción jurídica*, que define como aquellas que señalan el órgano competente para crear la norma, el procedimiento para ejercer dicha competencia y, eventualmente, las normas que predeterminan el contenido de las normas futuras.²⁰ Señala, así, que para que una norma sea “existente” basta que sea creada por la autoridad competente *prima facie*; será sólo “inexistente” cuando sea creada en violación de todas sus normas sobre la producción jurídica; y será simplemente “inválida” si la norma en cuestión está afectada por uno o más vicios. En esa línea, concluye el citado autor que aquella

⁽¹⁸⁾ GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”. *Doxa*. Alicante, No. 20, 1997, p. 149.

⁽¹⁹⁾ GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sentido y alcance...”, op. cit., p. 138.

⁽²⁰⁾ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: Porrúa, UNAM, 2000, p. 319.

“pretendida” ley que se encuentre viciada de incompetencia formal no será sólo *inválida*, sino además *inexistente*, en la medida en que las normas de competencia expresan siempre una definición;²¹ dicho en otras palabras, una norma no alcanzará el estatus propio de una “ley” si viola una norma de competencia, pues precisamente el respeto de esta última es parte de la definición de “ley”.

Siendo esto así, consideramos que nada impediría afirmar que la ley reiterativa califica como una norma *inexistente*, y por tanto, *nula*, en razón a su inconstitucionalidad *formal* al desconocer una *norma sobre la producción jurídica*.

En efecto, si la cosa juzgada *material* de la sentencia de inconstitucionalidad recae no sobre la disposición, sino sobre la *norma*; entonces, la ley reiterativa, si bien formalmente es una nueva *disposición* (una nueva *fuentes*), denota en sentido estricto la misma *norma* que en su momento fue declarada como inconstitucional. Y en tal sentido, la ley reiterativa (en estricto, la *norma* que resulta idéntica a la declarada inconstitucional) es rechazada por la “fuerza pasiva” de la norma concreta que subyace en la sentencia de inconstitucionalidad.

Pero, además, en la medida en que la sentencia de inconstitucionalidad (esto es, la *norma concreta* que de ella se deriva) constituye una auténtica *fuentes de derecho*, que no sólo innova el ordenamiento jurídico en forma negativa (expulsando la norma inválida) y positiva (ofreciendo una norma concreta que vincula *erga omnes*), sino que supone una “definición” de cualquier ley posterior que, sobre la misma materia, expida el legislador; cabe razonablemente concluir que dicha *norma concreta* constituye una auténtica “norma sobre la producción jurídica”, en los términos que nos plantea Guastini.

De esta forma, cuando el Tribunal Constitucional declara la invalidez de una ley, si bien no define directamente cuál debiera ser el contenido de una ley “arreglada a la Constitución” (pues su labor se constriñe a declarar la invalidez de la disposición cuestionada), sin embargo, a causa de la cosa juzgada *material* de la sentencia, impone que el contenido futuro de la ley no puede ser igual al ya declarado inconstitucional. Y en esa medida, si bien no realiza una “definición positiva” de la futura ley, sí realiza una “definición negativa” (es decir, sobre aquello que no debe contener).²²

⁽²¹⁾ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...*, op. cit., pp. 331–332.

⁽²²⁾ Por eso, lleva razón Jiménez Campo cuando afirma, respecto de la fuerza de ley de la sentencia de inconstitucionalidad, que “[e]l pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta así una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada; fuerza análoga, no idéntica, porque en estos fallos hay quizá algo más, que nunca estaría en manos del legislador imponer: el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional” [JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “¿Qué hacer con la

En definitiva, por esta razón de orden teórico, la *norma concreta* de la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TC forma parte de la definición de la nueva ley; de modo tal que si esta última no la respeta (lo cual equivale a la emisión de una ley reiterativa), entonces no podrá ser llamada “ley”: dicho en otras palabras, será una ley *inexistente* o *nula*. Y, ciertamente, esta conclusión tiene una importante consecuencia práctica, ya que la consideración de la ley reiterativa como una ley *inexistente* puede llevarnos directamente a plantear que su declaración de inconstitucionalidad debiera tener *efecto retroactivo*, al sancionarse su *nulidad*. Esto quiere decir que los actos realizados en aplicación de la ley reiterativa no estarían cubiertos por el principio de seguridad jurídica o de presunción de constitucionalidad, lo cual resulta coherente con la finalidad de “reacción rápida y eficaz” que justifica, como hemos visto, la figura de las leyes “inexistentes”.

II. REBELDÍA LEGISLATIVA E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

Hemos afirmado que el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo el TC en el proceso de inconstitucionalidad presupone necesariamente la interpretación de dos textos, la Constitución y la ley impugnada, a fin de determinar si las normas que se desprenden de esta última compatibilizan o colisionan con las normas que se derivan de la primera. Asimismo, se ha demostrado que, por razones de tipo conceptual y normativo, la interpretación constitucional del TC está llamada a prevalecer sobre la efectuada por el legislador democrático. A partir de allí, nuestra conclusión ha sido que el fenómeno de la rebeldía legislativa, según la definición planteada, contradice esa supremacía interpretativa que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, al afirmar todo ello, hemos dejado de lado intencionalmente un aspecto de la interpretación constitucional llevada a cabo por ambos agentes que, como ahora veremos, presenta importantes consecuencias en la tarea de verificar la configuración de una situación de rebeldía legislativa: y esta cuestión es la de la *especificidad* de la interpretación constitucional y su reflejo en el ámbito de la cosa juzgada constitucional. A ello aludiremos en esta parte final de nuestro trabajo.

1. La interpretación de la Constitución y el problema de su *especificidad*

Existe un consenso en la doctrina en afirmar que, debido a la peculiar naturaleza de su contenido (vale decir, a su *especificidad*),²³ las normas cons-

ley inconstitucional...”, op. cit., p. 29].

⁽²³⁾ Las peculiaridades de la interpretación constitucional, a decir de Guastini, provienen de

titucionales requieren de criterios especiales de interpretación, distintos de los métodos tradicionales u ordinarios, cuya aplicabilidad no se niega, pero que se revelan como insuficientes.²⁴

Así pues, en el ámbito de la interpretación jurídica de la Constitución, si bien los agentes pueden utilizar los típicos criterios *gramatical, sistemático, histórico y teleológico*; al lado de ellos, y cuando la “especificidad” de la norma constitucional así lo requiera, el intérprete tiene a su disposición las *técnicas interpretativas* propias y adecuadas a dicha “especificidad” en materia constitucional (que es, por tanto, una *especificidad relativa*, y no absoluta), entre las cuales hay que ubicar, naturalmente, a los conocidos principios de *unidad de la Constitución*, de *concordancia práctica*, de *interpretación conforme a la Constitución*, de *fuerza normativa de la Constitución* y de *corrección funcional*.²⁵

Pero, además de todo ello, es igualmente cierto que la interpretación jurídica de la Constitución se guía siempre por una cierta “doctrina” o “ideología” que dirige la actividad de los intérpretes constitucionales. Y así podemos tener, a decir de Guastini, la oposición entre una ideología “estática” y otra “dinámica”; la adopción de una doctrina “universalista” frente a otra “particularista”; y finalmente, la asunción de una actitud de *judicial restraint* y otra opuesta de *judicial activism* en los intérpretes constitucionales.²⁶

2. Interpretación *estática* vs. interpretación *dinámica* de la Constitución

Se dice que la Constitución demanda una “interpretación evolutiva” por parte del agente, en el sentido de la “atribución al texto constitucional de un significado diverso del ‘histórico’ (diverso del significado que tenía en el momento de su creación), y también un significado siempre mutable,

tres factores ínsitos a su naturaleza: los agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y los problemas de interpretación constitucional [GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...*, op. cit., pp. 77–78].

⁽²⁴⁾ Esta peculiaridad de la Constitución con relación a su interpretación se resume, a su vez, en tres grandes rasgos: i) su *carácter abierto* (es decir, la ambigüedad de su formulación, que expresa la falta de acuerdo y necesaria postergación de la decisión); ii) su *politicidad* (ya que se conecta con diversos sujetos, grupos y órganos del Estado, presentes tanto en la elaboración de la Constitución así como en el desarrollo e interpretación de la misma); y iii) su *carácter axiológico o valorativo* (al contener un buen número de valores y principios generales tales como la libertad, la igualdad, la justicia, la dignidad, etc.) [DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*. México D.F.: Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pp. 7–8].

⁽²⁵⁾ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 1ª reimpresión. Selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 67–70.

⁽²⁶⁾ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007, p. 59.

para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales".²⁷ El fundamento de este criterio hermenéutico se basa en la especial *pretensión de permanencia y estabilidad* que exhibe la Constitución como Norma Fundamental y suprema de un sistema político y social, *permanencia* que "no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase teniendo en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse".²⁸

La denominada "interpretación evolutiva", sin embargo, no es una *técnica interpretativa* específica, propiamente dicha, para atribuir significados a la Constitución, sino que consiste más bien en "utilizar una técnica interpretativa cualquiera con la finalidad de adaptar el texto —sobre todo si se trata de un texto 'viejo'— a las nuevas circunstancias";²⁹ lo cual confirma, por lo demás, su carácter de "ideología" o "doctrina", ya explicada, sobre la interpretación constitucional.

La adopción de un criterio "evolutivo" por el intérprete exhibe una gran utilidad e importantes ventajas para entender el significado de la Constitución, explicables a raíz de la naturaleza y contenido normativo propios del texto constitucional, visto en una perspectiva *axiológica*. Sin embargo, algunos autores ven en aquél una grave amenaza a la propia naturaleza jurídica de la Constitución como norma imperativa, al sostener que la interpretación evolutiva conlleva un gran problema pues las Constituciones son reformables, y precisamente "la reforma constitucional sirve para adaptar el texto normativo a las cambiantes circunstancias", cuya realización es "competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos": en dicho contexto, se diría, la interpretación evolutiva "constituye una violación a la propia Constitución (a aquéllas de sus normas que regulan la reforma constitucional)".³⁰

Así pues, la pregunta que debemos plantearnos en torno a la denominada "interpretación evolutiva" de la Constitución es doble: en primer lugar, cuál es el "fundamento" de esta postura interpretativa; y en segundo lugar, hasta dónde puede llegar el intérprete en su función "actualizadora" de la Constitución a través de una interpretación evolutiva, sin que ello implique la "sustitución" de un texto constitucional por otro distinto.

2.1. Rigidez constitucional y apertura interpretativa

En lo que respecta a su "fundamento", es preciso partir señalando que una de las características más resaltantes de una Constitución (si bien no en todos los sistemas jurídicos) es el relativo a su *rigidez*, esto es, la

⁽²⁷⁾ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...*, op. cit., p. 86.

⁽²⁸⁾ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Interpretación de la Constitución...*, op. cit., p. 13.

⁽²⁹⁾ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología ...*, op. cit., p. 61.

⁽³⁰⁾ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...*, op. cit., p. 87.

previsión de un procedimiento más complejo que el legislativo para efectuar la modificación de su texto.³¹ A través de esta característica, se busca que aquella, al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, goce de *estabilidad* en el tiempo y, por ende, brinde esa misma cualidad al resto de normas jurídicas infra-constitucionales.

Sin embargo, se entiende también que esta característica puede llegar, a la larga, a generar una serie de dificultades pues, al convertir a la modificación de la Constitución en algo sumamente complejo y prácticamente inaccesible, terminará siempre por originar un divorcio entre el texto constitucional y la realidad. Por ello, se dice que, en toda Constitución, existe una suerte de “tensión” entre *rigidez* y *apertura*, como elementos cuya convivencia armónica resulta indispensable para que el texto constitucional logre eficazmente su cometido de normación de la vida social.

Como respuesta a este planteamiento, sin embargo, se aduce que la solución radica en la formulación “abierta” e “imprecisa” de las normas constitucionales, características ambas que permiten y posibilitan la necesaria adaptación de la Constitución a la realidad sobre la cual actúa, operación que el ordenamiento confía en definitiva al intérprete constitucional. La Constitución “abierta”, así comprendida, “permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas, sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la constitución”.³² De esta suerte, a raíz de la “apertura” regulativa de sus normas, las Constituciones exhiben, además de su *rigidez*, una suerte de *resistencia constitucional*, entendida ésta como “adaptabilidad a la dinámica política (...) como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos”,³³ sin que para todo ello sea necesario acudir a la reforma constitucional.

2.2. Mutación constitucional

Y por otro lado, preguntarse por los límites que toda “interpretación evolutiva” debe respetar, equivale a interrogarse por los límites propios

⁽³¹⁾ En palabras de James Bryce, son Constituciones rígidas (y no flexibles) aquellas en que “las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria” [BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 13].

⁽³²⁾ AGUILÓ REGLÁ, Josep. “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”. *Doxa*. Alicante, N.º 26, 2003, p. 304.

⁽³³⁾ TOMÁS Y VALIENTE, Tomás. “Sobre la resistencia constitucional”. *Doxa*. Alicante, N.º 15-16, 1994, p. 639.

de la *mutación constitucional*. Así por ejemplo, Konrad Hesse sostiene que tal modificación del contenido debe ser comprendida “como cambio ‘en el interior’ de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución”.³⁴ Y en esa perspectiva, siguiendo a Müller, propone que la estructura de las normas constitucionales exhibe dos partes bien diferenciadas: el “ámbito normativo” (entendido como la realidad constitucional o circunstancias de la vida social) y el “programa normativo” (el concreto mandato de la norma constitucional),³⁵ contexto en el cual, según el autor, la mutación constitucional resultará lícita mientras no transgreda el “programa normativo” de la norma que es materia de interpretación “mutativa”. Así pues, colige, “[l]a problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional”.³⁶

3. Interpretación *dinámica* de la Constitución y cosa juzgada constitucional: los límites temporales de la cosa juzgada constitucional como un supuesto de excepción a la rebeldía legislativa

Situados en este contexto, es evidente que la particular ideología que reclama al intérprete constitucional una especial predisposición a ver en la Constitución no un texto anclado en el pasado sino un texto “viviente” y “actual” íntimamente conectado a la realidad social, ha de repercutir de algún modo en la comprensión que hemos efectuado en este trabajo sobre control de constitucionalidad de la ley, en general, y del llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en particular.

En efecto, si como hemos afirmado ya, el control de constitucionalidad de la ley presupone necesariamente la interpretación tanto de la norma parámetro (la Constitución) así como del objeto de impugnación (la ley cuestionada), a fin de determinar la compatibilidad de esta última con relación a la primera, no se podrá soslayar que, por su propia naturaleza, dicha interpretación de la Constitución puede sufrir cambios a lo largo del tiempo, fruto de la interpretación evolutiva a la que está necesariamente sujeta; hecho éste que, de alguna forma, habrá repercutir en la cosa juzgada *material* de la sentencia de inconstitucionalidad.

⁽³⁴⁾ HESSE, Konrad. *Escritos...*, op. cit., p. 110.

⁽³⁵⁾ En palabras del autor, las circunstancias de la realidad social “integran el ‘ámbito normativo’, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el ‘programa normativo’ es elevado a parte integrante del contenido normativo” [HESSE, Konrad. *Escritos...*, op. cit., p. 54]

⁽³⁶⁾ HESSE, Konrad. *Escritos...*, op. cit., p. 50.

3.1. Interpretación mutativa de la Constitución y sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad

El efecto de cosa juzgada *material* de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, reconocido en el artículo 104^o inciso 2 del Código Procesal Constitucional, se encuentra sujeto a una serie de “límites objetivos”, según la propia definición brindada por el Tribunal Constitucional, toda vez que el eventual juicio de constitucionalidad efectuado sobre una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada previamente en una sentencia desestimatoria debe tener en cuenta, necesariamente, cuatro circunstancias, a saber: a) si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta; pero también, b) si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido: c) si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; y finalmente, d) si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.³⁷

Es decir, por vía de esta limitación “objetiva” de la cosa juzgada *material* de la sentencia desestimatoria, el TC admite que la norma parámetro puede cambiar en su sentido como consecuencia de “una evolución de la jurisprudencia o una interpretación mutativa y dinámica de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional”; del mismo modo como puede variar el sentido de la disposición impugnada “como consecuencia de su aplicación por sus operadores y por los propios órganos jurisdiccionales”.³⁸

Con ello, se hace patente que la interpretación evolutiva de la Constitución puede tener por efecto la “reversión” del estatus “constitucional” de una ley, así declarada en una sentencia desestimatoria, fenómeno que bien puede explicarse a través del concepto de “inconstitucionalidad sobrevenida de la ley”, cuya definición atiende a dos factores clave: “la aparición en cierto momento de una nueva circunstancia que vuelve inconstitucional la ley, y el entendimiento de ésta como una ‘norma en el tiempo’, sujeta a cambios sustanciales en su régimen constitucional”.³⁹ Dicha “nueva circunstancia”, a su vez, podría ser una *mutación* que afecta, bien a la norma impugnada, a la norma parámetro, o bien al sistema legislativo en su conjunto.⁴⁰

(37) RTC N.º 0025-2005-PI/TC y acumulado, fundamento 9.

(38) RTC N.º 0025-2005-PI/TC y acumulado, fundamento 9.

(39) MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 357.

(40) POLITI, F. “La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento tra inconstituzionalità sopravvenuta e giudizio di ragionevolezza”. *Giur. cost.* 1992, p. 3022. Citado en MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional...*, op. cit., p. 358.

No cualquier “cambio” en las “circunstancias determinantes”, sin embargo, debería poder desencadenar la atenuación de la cosa juzgada *material* de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, y ello no sólo porque hablar de límites temporales como una categoría “abierta” podría resultar contraproducente a la propia razón de ser de la cosa juzgada (que no es otra que brindar certeza y predictibilidad sobre la interpretación de la Constitución), sino también por las evidentes consecuencias que una tal relativización podría traer consigo en relaciones entre el Tribunal Constitucional y los demás poderes del Estado. Por ello, es muy importante que, una vez admitido que la interpretación evolutiva de la norma constitucional puede generar un impacto sobre la cosa juzgada *material* de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad a nivel de sus *límites temporales*, se delimiten seguidamente los cauces procesales que resultan necesarios para que tal incidencia se desarrolle de un modo institucional.

En el caso de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, podemos señalar que las vías procedimentales para realizar el denominado *principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales*⁴¹ sí existen: y es que, en efecto, la *formulación, acogimiento y decisión* sobre una fórmula interpretativa evolutiva de la norma constitucional parámetro utilizada en una sentencia desestimatoria resulta posible, debido a que la disposición legislativa en cuestión sigue vigente (precisamente, porque la sentencia fue desestimatoria), y es alrededor de dicho precepto que puede producirse o reanudarse esta suerte de “conversación” entre el Tribunal Constitucional y los demás poderes del Estado.

3.2. Interpretación mutativa de la Constitución y sentencia estimatoria de inconstitucionalidad

En cambio, cuando lo que se trata de revertir es la interpretación constitucional afirmada en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, ese factor de conversación no existe: en efecto, la ley que se declaró inconstitucional, y cuyo contenido normativo *podría* haber “devenido” constitucional con el paso del tiempo, no existe más, pues el dispositivo legal fue expulsado del ordenamiento jurídico.

⁽⁴¹⁾ Esta noción pertenece a Jiménez Campo, para quien tal principio se encuentra implícito en las disposiciones de la Constitución española que ordenan la renovación periódica de la composición personal del Tribunal Constitucional y en la previsión de la publicación de los votos particulares a sus resoluciones (artículos 159º inciso 3 y 164º inciso 1 de la Constitución española) [JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”. En RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel (coordinador). *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994 (coloquio internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*. Madrid: Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 82–83].

Situados en ese contexto, la pregunta que surge inmediatamente es si la única vía para alegar una interpretación constitucional alterna a la utilizada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que ésta sea acogida por el TC y, finalmente, que ella sea la base para una nueva decisión (estimatoria o desestimatoria), es la vía de la aprobación de una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional. Y, en efecto, como veremos a continuación, esto es necesariamente así.

Ciertamente, una interpretación constitucional mutativa sobre la norma constitucional parámetro utilizada en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, podría arrojar como resultado un fallo distinto sobre una ley idéntica a la declarada inconstitucional, re-introducida en el ordenamiento jurídico. De forma simétrica a lo antes expresado con relación a la sentencia desestimatoria, sería válido concluir que una interpretación evolutiva sobre la Constitución puede tener como efecto la reversión de un anterior criterio jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad del contenido normativo de una ley, posteriormente reintroducido por el legislador. Y, de ser éste el caso, dicha situación se explicaría como una suerte de “constitucionalidad sobrevenida” del contenido normativo de la nueva ley.

Sin embargo, lo cierto es que, luego de publicada una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, tanto el Tribunal Constitucional así como los sujetos legitimados para interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad y los jueces y tribunales del Poder Judicial, se encuentran fácticamente imposibilitados de *formular* una interpretación alterna respecto de la utilizada en aquella sentencia estimatoria, por la sencilla razón de que aquella no tiene un vehículo o soporte legal con ocasión de la cual ser formulada: el dispositivo legal en cuestión fue expulsado del ordenamiento jurídico en virtud de la sentencia del TC, lo que impide cualquier tipo de diálogo entre dichos actores.

Es por ello que, en realidad, la única forma imaginable mediante la cual dicha interpretación mutativa podría tener lugar, sería a través de la aprobación por el legislador de una ley de contenido normativo idéntico al declarado inconstitucional; contenido éste ahora que el legislador, basándose en dicha interpretación alterna, considera arreglado a la Constitución, y exige que así sea reconocido por el TC.

En definitiva, si existe un agente capaz de *formular* una interpretación evolutiva de la Constitución, y de este modo intentar revertir el criterio jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, ése no puede ser otro que el propio legislador democrático. Y diríamos más: sólo será posible comprobar que el contenido normativo en cuestión ha devenido en constitucional, si el legislador decide reproducirlo

y reintroducirlo en el ordenamiento jurídico.⁴²

Así pues, sólo mediante la reiteración legislativa del contenido normativo anteriormente declarado inconstitucional, el “diálogo” quedaría restablecido, pues a través del cuestionamiento del nuevo precepto legal, la interpretación evolutiva en la que éste se fundamenta llegaría a conocimiento del Tribunal Constitucional (bien sea a través de la activación de un nuevo proceso de inconstitucionalidad contra la nueva ley, bien sea a través de su cuestionamiento a través de un amparo contra dicha norma o contra la resolución judicial que aplicara el control difuso). Sin embargo, en cualquier caso, sólo el Tribunal Constitucional tomará la decisión de acoger la tesis interpretativa planteada, y decidir en base a ella la inconstitucionalidad del nuevo precepto legal (vale decir, llegar al mismo resultado que la anterior sentencia estimatoria) o, en cambio, declarar esta vez su arreglo a la Constitución.

4. El diálogo legislativo: la ley reiterativa como un modo de colaboración entre el Congreso de la República y el Tribunal Constitucional

En definitiva, tanto la noción *sustantiva* sobre la interpretación evolutiva de la Constitución, así como el *concepto procesal* afín sobre los límites temporales de la cosa juzgada *material* de las sentencias de inconstitucionalidad, permiten inferir que la reproducción legislativa de un contenido normativo anteriormente declarado inconstitucional puede calificar, en determinados casos, no ya como un caso de rebeldía del legislador, sino más bien como uno de *diálogo legislativo*. Y ello amerita, como es evidente, una cierta *matización* de lo afirmado hasta el momento en este trabajo.

En efecto, si bien hemos afirmado que la aprobación de una ley de contenido idéntico a uno declarado inconstitucional resulta inadmisibles pues supone una afectación manifiesta de la supremacía interpretativa que ostenta el Tribunal Constitucional y de la cosa juzgada *material* que revisten sus sentencias de inconstitucionalidad; consideramos que tal afirmación debe ahora ser complementada con un supuesto excepcional que hace parte de los límites temporales de dicha cosa juzgada *material*. Y tal supuesto es aquél que ocurre cuando la reproducción legislativa obedece

⁽⁴²⁾ En esta perspectiva, se afirma que la reiteración de enunciados legales anteriormente declarados inconstitucionales “es el procedimiento que mejor garantiza esta adaptación [de la Constitución a la realidad social] y que evita que la adecuación se realice por medio de instrumentos jurídicos o vías de hecho mucho menos seguras y razonables desde la perspectiva jurídica”; en esa tarea, “el legislador se encuentra en una posición mejor que el Tribunal para valorar de forma global los cambios sociales y la influencia que puedan tener en el significado de la Constitución” [VIVER PI-SUNYER, Carles. “Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, N.º 97, enero/abril de 2013].

a la adopción por el legislador de una interpretación evolutiva, efectuada sobre la norma constitucional parámetro que fue utilizada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.⁴³

De este modo, así como la *reforma constitucional* de la norma parámetro de una sentencia de inconstitucionalidad podría atenuar la cosa juzgada *material* derivada de ésta, debido a sus límites temporales; así también debe admitirse que dicho cambio provenga de la formulación de una interpretación evolutiva de dicha misma norma constitucional, efectuada por el legislador, sin que ésta se vea alterada en su texto.

Es por ello que, para no pocos autores, el asunto de la reproducción de una ley declarada inconstitucional no admite respuestas dogmáticas: Casal Hernández, por ejemplo, opina que si bien tal actitud ha de considerarse en principio ilícita “por añadir al vicio de inconstitucionalidad antes advertido el desacato a un pronunciamiento del órgano supremo de la justicia constitucional”, no menos cierto es que una reproducción tal será admisible “cuando ha ocurrido un cambio en las circunstancias imperantes, en el contexto normativo, o en las concepciones jurídicas predominantes”, mientras que “[t]ampoco cabe descartar una rectificación de la jurisprudencia previamente establecida ligada a una alteración en la composición del tribunal competente”; aunque si bien el legislador puede provocar la revisión del jurisprudencial asumido, sólo el Tribunal Constitucional “tendrá la última palabra”.⁴⁴

En el mismo sentido, Ahumada Ruiz reconoce que no es posible responder “en abstracto” a la cuestión de si es aceptable o no la repetición “deliberada” de una norma declarada inconstitucional, pues “el contexto en que la ‘repetición’ se produzca es determinante para juzgar su grado de legitimidad”: así pues, por ejemplo, “la repetición de la norma declarada inconstitucional en los mismos términos (aunque no sea con efecto retroactivo) como inmediata reacción a la sentencia constitucional, debería considerarse como una manifestación abierta de desacato a la decisión del

⁽⁴³⁾ Con ello, por lo demás, se demostraría que “la supremacía interpretativa del Tribunal (...) no es un valor absoluto e ilimitado que no se pueda y sea necesario coexistir con otros valores también relevantes, como el de coadyuvar a una adecuada adaptación de la Constitución, del ordenamiento e incluso de la doctrina constitucional a los cambios de la realidad social o jurídica”; no obstante lo cual, se precisa también que, a través del cuestionamiento abstracto de la nueva ley, “el Tribunal Constitucional puede reivindicar con éxito la supremacía derivada de su calidad de órgano especializado en la tarea de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes”. Y eso es así porque el Tribunal Constitucional “no está de ningún modo vinculado por la interpretación y concreción constitucional realizada por el legislador” [VIVER PI-SUNYER, Carles. “Los efectos vinculantes...”, op. cit.]

⁽⁴⁴⁾ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M. “Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004, p. 309.

Tribunal y desafío a su autoridad, por tanto, un caso de crisis institucional”; mientras que, por el contrario, “en la medida en que el legislador apele al cambio de circunstancias o a la obligación de atender a nuevas necesidades para justificar la ‘reintroducción’ de la misma norma en el ordenamiento (...) no parece que pueda mantenerse la prohibición de repetición (...)”.⁴⁵

Y así, en líneas generales, consideramos que las “circunstancias determinantes” que el legislador podría invocar a su favor para repetir una ley anteriormente declarada inconstitucional, se reducen a aquéllas que podrían representar una *interpretación evolutiva de la Constitución*, es decir, la necesidad de adaptar el texto constitucional a los cambios sociales o jurídicos propios del momento en el que se expide la nueva ley. De este modo, pesaría sobre el legislador una suerte de “motivación reforzada” de la ley re-introducida, en cualquier caso ubicable en su Exposición de Motivos, en la cual “el legislador debe identificar los datos que muestran la concurrencia de alguna de las referidas circunstancias y debe aportar los argumentos que avalen jurídicamente” su posición.⁴⁶

Ahora bien, siendo la interpretación mutativa de la Constitución una causal de algún modo “genérica” para autorizar la aprobación de una ley reiterativa, es conveniente que ella se concretice en causales más “específicas” que permitan al legislador expresar un razonamiento justificativo suficiente para aprobar la nueva ley, así como al Tribunal Constitucional emitir una valoración adecuada sobre la constitucionalidad de aquélla.

De una primera aproximación, consideramos que para lograr este fin, el legislador democrático podría aludir a cualquiera de las siguientes circunstancias, de forma individual o concurrente:

- a. Un cambio en el *ámbito normativo* (la “realidad constitucional”) de la norma constitucional utilizada como parámetro en la anterior sentencia estimatoria, que puede afectar a cualquiera de sus dos elementos:
 - Cambio en el *componente fáctico*: esto es, la apreciación de una cierta evolución o modificación de las circunstancias históricas, sociales, políticas y/o económicas que rigen al interior de una determinada comunidad política, circunstancias las cuales son afectadas por la norma constitucional materia de interpretación.
 - Cambio en el componente ideológico: esto es, la constatación de un cambio en la cosmovisión que tiene la sociedad sobre aquellas

⁽⁴⁵⁾ AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores”. En AHUMADA RUIZ, Marian et al. *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador? Seminario realizado en Barcelona el 28 de octubre de 2011*. Barcelona: Generalitat de Catalunya / Institut d’Estudis Autònomic, 2012, pp. 56–57.

⁽⁴⁶⁾ VIVER PI-SUNYER, Carles. “Los efectos vinculantes...”, op. cit.

circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas, cambio que puede darse aún si tales circunstancias no han variado en su configuración fáctica.⁴⁷

- b. Un cambio en el *programa normativo* (lo “jurídicamente positivado”) de la norma constitucional utilizada como parámetro en la anterior sentencia estimatoria; programa que puede ser jurídicamente ampliado o restringido a través de cualquiera de las siguientes fuentes:
- Cambio a nivel de tratados internacionales y su interpretación autorizada efectuada por los órganos competentes.
 - Cambio a nivel de leyes aprobadas por el Congreso de la República
 - Cambio a nivel de la interpretación efectuada por los jueces y tribunales del Poder Judicial
 - Cambio a nivel de la interpretación efectuada por el propio Tribunal Constitucional

Finalmente, consideramos que, en el supuesto de que el Tribunal Constitucional se enfrentara al control de constitucionalidad de una ley reiterativa portadora de una interpretación constitucional mutativa (bien sea a través de un proceso de amparo contra dicha ley o en la vía abstracta del proceso de inconstitucionalidad), el enjuiciamiento del Tribunal debe tomar en cuenta dos particularidades: por un lado, con relación a la norma parámetro del nuevo juicio de constitucionalidad, el TC “debe utilizar la Constitución como canon prioritario de control, no su jurisprudencia previa o no sólo ésta, y debe realizar un nuevo enjuiciamiento congruente con las nuevas circunstancias y los nuevos argumentos”;⁴⁸ y por otro lado, el juicio de constitucionalidad debe tomar en cuenta ciertos factores especiales, a saber: si la Constitución deja un amplio margen a la libre configuración legal, en virtud de la apertura o ambigüedad de sus enunciados; ii) si el TC en la sentencia a la que no se ajusta el legislador admitió de entrada la posibilidad de que existieran varias interpretaciones constitucionalmente legítimas; iii) la existencia de votos particulares en la sentencia; y, iv) un cambio en la composición del Tribunal Constitucional o en la composición

⁽⁴⁷⁾ En ese sentido, se hace bien en afirmar que lo verdaderamente determinante en el ámbito de la realidad constitucional, de cara a generar una mutación constitucional, es el “elemento ideológico”, pues “cuando éste cambia puede producir cambios en los hechos prácticos, o cuando los hechos prácticos han cambiado éste los puede avalar” [LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Carlos III, 2007, p. 187. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2534U0T> (recuperado el 3 de abril de 2014)].

⁽⁴⁸⁾ VIVER PI-SUNYER, Carles. “Los efectos vinculantes...”, op. cit.

del legislador,⁴⁹ entre otros aspectos.

De este modo, si el Tribunal hiciera suya dicha interpretación mutativa ensayada por el legislador, la utilizará como norma parámetro de su nuevo juicio, y decidirá en base a ella que la ley reiterativa, o bien es inconstitucional, expulsándola del ordenamiento jurídico; o bien, en su caso, declarando su constitucionalidad, motivando con relación a su anterior sentencia que la nueva decisión se fundamenta en los límites temporales de la cosa juzgada *material* de aquélla (aunque nada impide también que se expida una sentencia interpretativa o atípica).

⁽⁴⁹⁾ VIVER PI-SUNYER, Carles. “Los efectos vinculantes...”, op. cit.

NOTAS A PROPÓSITO DE LA ACADEMIA PERUANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN*

Carlos Cárdenas Quirós **

El 8 de mayo de 1967, se funda la Academia Peruana de Derecho por Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima presidida por el doctor Mario Alzamora Valdez a quien pertenece la iniciativa para su creación. En la misma fecha fueron aprobados sus primeros Estatutos.

Por Resolución Suprema N° 209 de 30 de junio de 1967, rubricada por el Presidente de la República arquitecto Fernando Belaunde Terry, y firmada por su Ministro de Justicia y Culto, doctor Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio, se reconoció a la Academia Peruana de Derecho como “institución de cultura jurídica al servicio del país”.

Su instalación se produjo el 20 de julio del mismo año en el Salón de Actos del indicado Colegio, contándose con la presencia del Presidente Belaunde, del doctor Domingo García Rada, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del doctor Eleodoro Romero Romaña, Presidente de Jurado Nacional de Elecciones, y del doctor Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio, Ministro de Justicia, entre otras autoridades.

(*) Estas notas se basan en los datos recogidos por el autor para los discursos que pronunció en México D.F., el 13 de abril de 2012, con motivo de la incorporación de los profesores Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés y Jorge Carpizo como Académicos Honorarios de la Academia Peruana de Derecho, así como en Madrid, el 22 de abril de 2013, con ocasión de la incorporación de los profesores Jesús López Medel y Jesús González Pérez como Académicos Honorarios de la Academia Peruana de Derecho.

(**) Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho.

Pero debe dejarse constancia de que esa Academia, la actual de 1967, es sucesora de la que con el nombre de Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación nació en 1889.

Conviene referirse en primer lugar a los antecedentes del nacimiento de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación.

En la Junta General de la Academia Matritense celebrada el 12 de diciembre de 1885 se planteó, por algunos de los académicos que se menciona seguidamente, que dicha corporación “entablase relaciones científicas con las Sociedades jurídicas existentes en las Repúblicas hispano-americanas”.¹

Posteriormente, en la proposición de los señores académicos José Maluquer y Salvador, Manuel Torres Campos, Guillermo Benito Rolland, José Montaut, Clemente Domingo Mambrilla, Emilio Ruiz Cañabate, Antonio Alcalde, Cándido Valdés y Telésforo Maroto de fecha 15 de diciembre de 1886, aprobada por la Junta General de 4 de enero de 1897, se da cuenta de que en la sesión mencionada del mismo órgano de 12 de diciembre de 1885, “no consideraron entonces práctico proponer la creación de Academias correspondientes en los Estados de la América española, donde no hubiera Sociedades jurídicas o las que existieran no fuesen de índole análoga a nuestra Corporación. Pero la entusiasta acogida que han merecido los acuerdos de la Real Academia de Jurisprudencia en aquellos pueblos hermanos y algunas noticias particulares, les permiten abrigar la esperanza de que será de factible e inmediato resultado el proyecto que ahora presentan en el sentido indicado y en una forma análoga a la adoptada por la Real Academia Española”.²

Como consecuencia de lo expresado, se propuso adoptar los siguientes acuerdos que, como ya se refirió, fueron aprobados, y que en concepto de los firmantes, “han de contribuir al acrecentamiento de la importancia y prestigio de la Academia:

1º En los Estados hispano-americanos donde no existen Sociedades jurídicas, se procurará crear centros de académicos correspondientes.

2º Previo informe y examen detenido de la Comisión especial nombrada, se declararán correspondientes de la de Madrid las Academias que se funden en la América española con objeto de sostener relaciones científicas con aquélla.

3º Las disposiciones anteriores se entienden salvo la circunstancia de que exista en la nación alguna Sociedad jurídica de reconocida importancia,

⁽¹⁾ Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Sesión celebrada el 26 de diciembre de 1890 para conmemorar la inauguración de las Academias Correspondientes de México y del Perú. Presidencia del Excmo. Sr. D. Antonio María Fabié, Ministro de Ultramar. Madrid. Tipografía de Manuel G. Hernández. 1891. Pág. 41.

⁽²⁾ *Ibidem*.

en cuyo caso será consultada, si fuese posible, debiendo ser la previa consulta indispensable si sostiene relaciones científicas con nuestro Instituto.

4º Dichas Academias serán libres en su vida interior, con sólo la obligación de comunicar a la Real de Jurisprudencia las resoluciones más importantes que adopten y desde luego su reglamento y lista de individuos.

5º Estas relaciones son completamente ajenas a cualquier objeto político, y en su consecuencia independientes de las que existan entre los respectivos Gobiernos.

6º La Real Academia Matritense y las que estén con ella en correspondencia procurarán mantenerla por cuantos medios sea posible principalmente canjeando las obras científicas y legislativas que se publiquen, y trasmitiéndose noticias de interés para el cultivo del Derecho.

7º Cesará la correspondencia cuando así lo acuerde la Real Academia de Madrid o cualquiera de las instituidas en las Repúblicas hispano-americanas, en lo que a ella se refiere”.³

En la Junta General de 14 de mayo de 1887, la Comisión de Relaciones Científicas con la América Española, a la vista de la solicitud presentada para la formación de una Academia correspondiente en Guatemala, presentó un dictamen en el que propuso las bases para tal propósito que incluía el nombramiento de una Comisión “encargada de proceder a la constitución de una Academia correspondiente de la Real de Jurisprudencia en Guatemala”, la que debía instalarse “a la mayor brevedad” y elegir a su Presidente, Vicepresidentes y Secretarios “que considere precisos”, así como designar una ponencia que debía encargarse de presentar un proyecto de Reglamento, adaptado en lo posible al de la Real Academia y al espíritu de las bases aprobadas el 4 de enero de 1887 transcritas anteriormente. Se agregaba que una vez aprobado el Reglamento por la Comisión debía constituirse la Academia correspondiente e inaugurar sus trabajos “con la mayor solemnidad posible” y remitir una copia del reglamento y del acta de la sesión inaugural a la Real Academia.

En el punto 7º de estas bases se añadió: “Cuando en alguna República hispano-americana se solicite autorización para constituir una Academia correspondiente, se observará un procedimiento análogo al indicado en las anteriores bases”.

La creación de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación se debió precisamente a la decisión que adoptó la Real Academia Matritense de autorizar la constitución de academias correspondientes en Hispanoamérica. Entusiasta propulsor de la idea fue don José Maluquer y Salvador, Académico de Mérito de dicha corporación, Secretario de la

⁽³⁾ Op. cit., pág. 42.

Comisión de Relaciones Científicas con la América Española, Socio Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y reconocido defensor y teórico de la seguridad social en España.⁴

Maluquer publicó en la *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*⁵ una amplia crónica titulada “Academia peruana correspondiente de la Real de Jurisprudencia de Madrid”. En ella ofrece importante información acerca del proceso de formación de la Academia peruana que debe destacarse. Así, menciona a los juristas nacionales Juan Luna y Miguel Antonio de la Lama, como “los primeros jurisconsultos que manifestaron su deseo de realizar en el Perú los acuerdos de la Real Academia de Jurisprudencia”.⁶

Ellos dos, junto con el doctor Alberto Elmore, fueron posteriormente los encargados por la Academia Matritense de convocar a la Comisión Organizadora. Ésta quedó finalmente integrada, sumándose a los tres juristas mencionados los doctores Antonio Arenas, Luciano B. Cisneros, Francisco García Calderón, Francisco M. Fernández, José J. Loayza, Gregorio Paredes, Manuel Santos y Pasapera, José Eusebio Sánchez y Luis Felipe Villarán.

Agrega Maluquer lo siguiente: “Reunióse esta Comisión en el mes de julio de 1889, designando a los Sres. Cisneros, Galindo y Paredes, para que redactaran los Estatutos, y de nuevo en el mes de noviembre siguiente, en cuya sesión fue aprobado el proyecto de Reglamento que presentó la referida ponencia y se eligió la junta directiva para el actual curso académico, que quedó constituida en la siguiente forma: Presidente, Sr. Arenas; Vicepresidente primero, D. José Eusebio Sánchez; segundo, Sr. Loayza; Secretario, Sr. Fernández; Pro-secretario, Sr. Lama; Bibliotecario, señor Jiménez”.⁷

El artículo 1º del estatuto indica:

Se establece en Lima una Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la que en España funciona con el nombre de Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación.

⁽⁴⁾ Cfr. Ángel Pulido Fernández. *Biografía del Excelentísimo Señor D. José Maluquer y Salvador, Consejero Delegado del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la sucesora de M. Míñesa de los Ríos*. Madrid, 1924, pág. 43. También puede consultarse la nota biográfica contenida en el *Diccionario Crítico de Juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, cuyo director, editor y coordinador es D. Manuel J. Peláez. Volumen II, 2º. Talleres Editoriales Cometa, S.A. Zaragoza, 2008, págs. 479 a 487.

⁽⁵⁾ *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, volumen 38, N° 76, Madrid, 1890, págs. 209-212. Agradezco a mi buen amigo D. Pablo Valés Duque, Oficial Mayor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, por haberme facilitado una versión escaneada de este texto. Éste puede ser confrontado en el *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2010-2012*, N° 11, págs., 364-366, pues ha sido reproducido íntegramente como parte del artículo del profesor Carlos Ramos Núñez, “La Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación: Fase primera de la Academia Peruana de Derecho”.

⁽⁶⁾ Op. cit., pág. 209.

⁽⁷⁾ Op. cit., pág. 211.

El artículo 2 del estatuto de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación señaló como fin de la institución, “el estudio del Derecho y mantener relaciones científicas con la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, especialmente canjeando las obras jurídicas que se publiquen y trasmitiéndose recíprocamente cuantas noticias y datos juzguen de interés para el desarrollo de los estudios jurídicos”.

En consecuencia, corresponde considerar como fecha de nacimiento de la Academia el mes de noviembre de 1889, fecha en que sus estatutos son aprobados y se elige a su primera junta directiva, más allá del hecho de que su primera sesión pública se produzca posteriormente, como se refiere seguidamente.

El acto de instalación de la Academia se produjo el 6 de enero de 1890, según lo establecido en la Primera Disposición Transitoria de su Estatuto, contándose con la presencia del entonces General Andrés A. Cáceres, Presidente de la República. Así lo describe Maluquer:

Finalizados los trabajos preparatorios, restaba solo celebrar la sesión inaugural, y ésta se ha verificado solemnemente, con asistencia del Presidente de la República, los Ministros de Justicia, Gobernación y Hacienda, del Cuerpo diplomático extranjero y altas representaciones de la Iglesia, los Tribunales y el Foro del Perú.

Pronunció en dicho acto un notable discurso el Presidente Doctor Arenas, demostrando la influencia que ejerce el derecho en la sociedad. Por esta razón cree que la nueva Academia destinada a cultivarlo con más amplitud en el orden especulativo que otras instituciones ya existentes, ha de conseguir que los proyectos de ley sean reposadamente meditados y que alcancen los poderes públicos con el dictamen desinteresado de la ciencia, el vigor necesario para oponerse a las pretensiones injustas. No duda, por último, de que la constante difusión de los principios del Derecho ha de ser sólido apoyo al orden moral y material de la Nación peruana, y permitir que en ella brillen todas las nobles cualidades que ha heredado de la Madre patria”.⁸

La creación de la Academia Peruana fue precedida por la que se estableció en México y la entrada en funcionamiento de ambas dio lugar a que con fecha 16 de diciembre de 1890 se celebrara en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid una sesión solemne para “conmemorar la inauguración de las Academias Correspondientes de México y del Perú”.

Existe, por cierto, una publicación de la propia Real Academia, aparecida en 1891, que incluye los discursos pronunciados en ese acto, y cuyo hallazgo se debe a la acuciosidad e interés por todo lo hispanoamericano del profesor José María Castán Vázquez, ilustre Académico de Número

⁽⁸⁾ Ibidem.

de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.⁹

El profesor Castán dedica varias líneas a dicho acto, con mención expresa de quiénes intervinieron en él, en su estudio titulado “El 98 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, y en una nota a pie de página remite a la referida publicación.¹⁰

Por tratarse de un acontecimiento poco conocido, merece la pena detenerse en lo acontecido en este acto. En primer lugar, como dato curioso, debe mencionarse que la sesión se inició a las nueve y media de la noche y concluyó a las once y veinte, singular práctica horaria para el inicio y terminación de las sesiones académicas ordinarias o extraordinarias que felizmente no la mantiene ninguna Academia.

La referida sesión congregó a verdaderas notabilidades de la época. Fue celebrada bajo la presidencia de D. Antonio María Fabié y Escudero, Ministro de Ultramar, cargo para el que había sido nombrado por Antonio Cánovas del Castillo en julio de 1890 y quien dos años más tarde, en 1892, fue Presidente del Congreso de Americanistas que se reunió en Huelva con motivo de celebrarse el IV Centenario del Descubrimiento de América. Fabié fue Presidente del Consejo de Estado, Diputado, Senador y Gobernador del Banco de España, entre otros cargos de importancia. En su casa natal, en la calle de San Jacinto de Sevilla, hay una lápida colocada en 1900 que lo define como “filósofo, historiador y erudito”, correspondiendo agregar su condición de bibliófilo.

El primer discurso de la sesión fue pronunciado por D. José Maluquer y Salvador, Secretario de la Comisión de Relaciones Científicas con la América Española.

En su discurso, Maluquer manifestó, entre otros conceptos, lo siguiente:

Hace ya cinco años que en una de nuestras Juntas generales se propuso que la Real Academia de Jurisprudencia entablase relaciones científicas con las Repúblicas hispano-americanas y que se nombrase una Comisión para desenvolver este pensamiento.

⁹ Es la obra citada en la nota 3. Se trata de un folleto de 44 páginas que, además de los discursos pronunciados en el acto, incluye un apéndice con los acuerdos adoptados por la Junta General de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación relativos a la creación de Academias correspondientes en la América española.

En la página 431 del Anuario N° 11 correspondiente a los años 2010–2012 de la Academia Peruana de Derecho se incluye una foto de la carátula de esta publicación.

¹⁰ El 98 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1998, pág.7 (separata). Sobre la base de la información contenida en este texto y de la copia del folleto del acto de 1890 que le envió el profesor José María Castán Vázquez, el profesor Fernando Vidal Ramírez dio cuenta en nuestro medio tanto de la existencia de ese folleto como de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación en un artículo titulado “Invitación para investigar la historia de la Academia Peruana de Derecho”, publicado en Legal Express N° 67. Gaceta Jurídica S.A. Lima, julio de 2006, pág. 10.

La tendencia era tan simpática que no suscitó el mayor asomo de oposición, pero si fuéramos a analizar el valor de los numerosos votos afirmativos que alcanzó el proyecto, tengo más que la sospecha de que algunos no llevaban otro fin que el de adherirse sus autores a la nueva fórmula de una aspiración patriótica; pero habían germinado en el recelo de que la idea no encarnaría en el hecho.

(...)

La histórica ciudad de los Reyes, en cuyos Tribunales se citan aun con autoridad legal Las Partidas, cuyo ilustre Colegio de Abogados, fue una gloriosa fundación de un Rey español, y en la que se alberga una sociedad que se afana por conservar inalterables los rasgos más característicos del pueblo castellano, parecía destinada a servir de asilo a una de las primeras Academias correspondientes a la Real de Jurisprudencia de Madrid.

Los que examinen el movimiento jurídico contemporáneo en el Perú no podrán desconocer la historia de la constitución de dicha Academia, obra iniciada por el distinguido jurisconsulto D. Juan Luna y el reputado catedrático y publicista D. Miguel Antonio de la Lama, y a la que puso brillante epíteto con su discurso inaugural el doctor Arenas, que había aquilatado sus aptitudes presidenciales al dirigir los debates del importantísimo congreso de jurisconsultos sudamericanos, reunido en Lima el año 1878.

Allí, como en Méjico, quiso el gobierno acogerse a aquella manifestación de simpatía a España, y la Academia se enteró con el más profundo reconocimiento de que a la inauguración había asistido, acompañado de sus ministros, el que era entonces Presidente de la República, el Ilustre General Cáceres. (...) ¹¹

Y concluyó su intervención así:

(...) Al finalizar el siglo pasado, las relaciones de España y gran parte de América eran más políticas que sociales. Creo que todos los concurrentes a esta sesión estaremos de acuerdo en hacer votos sinceros para que al terminar el siglo actual, con ser los vínculos entre nuestra patria y las Repúblicas hispanoamericanas tan cordiales como permite su condición de Estados independientes, lo sean aún más los que existan en las restantes esferas de la vida, siendo tan íntimos que se haga innecesario concluir, por ser idea que halla extendido culto, el monumento a la fraternidad de América y de España que iniciaron Bolívar y el general español Morillo el año 1820, en la pequeña villa de Santa Ana (Venezuela), cuando los que habían combatido en los campos de batalla se abrazaron por vez primera como hermanos, reconociendo los lazos indestructibles que creó la naturaleza y ha desenvuelto la historia. ¹²

Acto seguido intervino el Académico Profesor D. Rafael María de Labra y Martínez —autor, entre otras, de la importante obra “Los presidentes

⁽¹¹⁾ Op. cit. en nota 4, págs 3, 4 y 7.

⁽¹²⁾ Op. cit. en nota 4, pág. 8.

americanos de las Cortes de Cádiz” publicada en 1912 y reeditada en 2007 por el Congreso de los Diputados de España—.

De su extenso y elocuente discurso reproduzco sólo estos párrafos alusivos al acto:

(...) tengo que felicitar pública y calurosamente, así a los promotores del establecimiento de Academia o Centros correspondientes de la Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación, como a los jurisconsultos que en el Perú y Méjico han respondido a estas cariñosas gestiones, que guardan cierto paralelismo con las felices de la Academia Española de la Lengua, pero que por su naturaleza y sus circunstancias tienen que ser de mucho mayor alcance y más efectivo resultado.

Sin que yo pretenda sustituir a los promotores de esta empresa en la explicación de los fines, motivos y condiciones de la obra, me he de permitir, con vuestra benevolencia, decir algo sobre este punto, no abonando mi humilde intervención en esta solemnidad con otra cosa que con mi buen deseo y la necesidad de cumplir un mandato. Pretendo, señores, simplemente razonar mi voto, que es el voto de uno de los más entusiastas partidarios de la patriótica, civilizadora y trascendental empresa que ahora inicia esta Academia de modo análogo, pero más positivo, enérgico y fecundo al de otras instituciones análogas de nuestro país y conforme al carácter expansivo y renovador que les imprimió a las Sociedades Económicas de Amigos del País, sus coetáneos, su ilustre fundador el Rey D. Carlos III, es decir, el Rey que escuchó y realizó los consejos de Aranda, Grimaldi, Floridablanca, Campomanes, Jovellanos y el Marqués de la Sonora. (...)

Será imposible, en plazo breve mantener nuestro prestigio y aun la integridad de la patria española, insistiendo en la política del apartamiento, un tanto explicable en otros momentos. De aquí la necesidad de pensar maduramente en la aproximación de los dos pueblos ibéricos, sin detrimento de su independencia y autonomía. De aquí la altísima conveniencia de perseguir con voluntad entera la sincera reconciliación y la intimidad de los pueblos hermanos de América y la nueva España, regenerada por los mismos principios e intereses que han asegurado una vida propia al Sud de América. (...)

En tal concepto, la obra de la Academia jurídica de Madrid tiene un gran valor y supone una gran trascendencia. Ni debo ni quiero precisarla. Corporaciones de la naturaleza y de la historia de ésta no toman iniciativas ni se comprometen en empeños por meros sentimientos. También es lícito aventurar que no ha de faltar a esta nobilísima empresa aquella perseverancia indispensable siempre para los grandes éxitos, y que en medio de otros defectos demostraron hasta la saciedad aquellos de nuestros antepasados que realizaron la gloriosa obra de la difusión del espíritu latino y de las ideas y costumbres españolas en el mundo americano.¹³

⁽¹³⁾ Op, cit. en nota 4, págs. 10, 11, 24 y 25.

A continuación hizo uso de la palabra en representación de México el General D. Vicente Riva Palacio y Guerrero. Hombre multifacético, Riva Palacio fue General en jefe del Ejército del Centro, abogado, Magistrado de la Suprema Corte de Justicia, escritor satírico, periodista, poeta, novelista, ensayista, cuentista, dramaturgo, historiador. Riva Palacio desempeñaba en ese entonces el cargo de Ministro de México en España, cargo para el que fue designado en 1886 durante el gobierno de Porfirio Díaz y fallecería en Madrid casi seis años después de intervenir en este acto, el 22 de noviembre de 1896.

De Riva Palacio no puede dejarse de mencionar su aporte como director de la monumental obra “México a través de los siglos”, publicada en 1884 y subtitulada de la siguiente manera: “Historia, general y completa, del desenvolvimiento social, político, religioso, militar, artístico, científico y literario de México desde la antigüedad más remota hasta la época actual”. Riva Palacio fue autor del segundo tomo de la obra que está dedicado a la historia del virreinato.

Del discurso de D. Vicente Riva Palacio encuentro de especial interés reproducir los siguientes párrafos:

(...) Acertado consejo y sabio acuerdo ha sido el de la creación de las Academias correspondientes de la de Jurisprudencia en América. El cristianismo proclamó y asentó la fraternidad humana; la democracia, sobre todo en el Nuevo Mundo, ha consignado la igualdad de todos los hombres ante la ley, pero ante la ciencia no es posible reconocer esa igualdad. Darwin dice que, dado un tipo anatómico, cada hombre es una anomalía, y ampliando ese principio podemos decir que todas las naciones tienen distinto modo de ser y de sentir; que existe una idiosincracia nacional, como hay una idiosincracia individual; y establecidos los centros científicos y el cambio de estudios y de conocimientos entre México y España, los resultados deben ser de grande utilidad para la ciencia, como lo es el establecimiento de observatorios astronómicos en puntos muy separados para la observancia de los grandes fenómenos celestes. (...)

El estudio que las Academias hagan relativamente de las instituciones y de la legislación de los diferentes países en que estén establecidas, tiene que ser de trascendentalísima importancia. Todas ellas cuentan en su seno con eminentes juriconsultos, y el cambio de sus estudios y el imparcial examen de ellos en todo lo que se refiere a la legislación de cada pueblo producirá fecundos resultados, no porque yo crea que una ley, aun cuando sea muy acertada, puede aplicarse a cualquier pueblo, sino porque la comparación producirá la luz.¹⁴

⁽¹⁴⁾ Op. cit. en nota 4, págs. 31–33.

Y concluyó diciendo:

...quisiera al cerrar mi discurso poder escribir con letras de oro en el recinto en que celebráis vuestras sesiones aquellas palabras de la Escritura: *Sapientia aedificavit sibi domun*.¹⁵⁻¹⁶

Acto seguido intervino D. Mario Fernández de la Puente, Cónsul General del Perú.

De su breve discurso destaco estos párrafos:

Cerrado, por fortuna, el ciclo de constitución de las nacionalidades de la América Latina, a los tiempos de lucha han sucedido los tiempos de paz, las armas han cedido ante la toga, y al buscar la expansión de su vida exterior no olvida, no, la noble nación peruana, en primer término, los vínculos de sangre que la unen con España.

Podrán los gobiernos intentar establecer lazos más o menos duraderos entre los pueblos, pero nunca lo serán tanto ni tan firmes como los vínculos de la tradición y el derecho. Por eso esta Academia, al tomar la iniciativa para renovarlos, ya que nunca dejaron de existir, entiendo que ha adquirido un timbre inmarcesible de gloria, de inmensas y beneficiosas consecuencias.¹⁷

Lo siguió D. Vicente Romero Girón, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, quien, años más tarde, se convirtió en el último Ministro español de Ultramar, cargo que desempeñó entre mayo de 1898 y marzo de 1899, lapso durante el cual se produjo el llamado desastre del 98, que tuvo como resultado para España la pérdida de sus últimas colonias en América y Asia.

El Presidente de la Academia se manifestó así:

(...) La Real Academia de Jurisprudencia, cuya noble misión se dirige a fundar sobre bases finísimas y sólidas lo que es más caro a la conciencia humana, o sea la regla del vivir, derivada del conocimiento de principios eternos y absolutos, paréceme destinada, merced al movimiento de comercio intelectual iniciado, y hoy por los pueblos de la América latina tan admirablemente secundado, a dar muchos y saludables frutos.

Grandes son sus alientos, y bien lo demuestra esta reunión; pero, en verdad la labor que ha tomado a su cargo no podría llegar al término deseado si no llamase a una especie de comunión universal en las ideas del derecho a todos los pueblos, comenzando por los que antes fueron hijos de nuestra España y ahora debemos reputar hermanos.¹⁸

⁽¹⁵⁾ "La sabiduría edificó para sí una morada". Estas palabras están contenidas en el libro de Proverbios, capítulo 9, versículo 1.

⁽¹⁶⁾ Op. cit. en nota 4, pág. 33.

⁽¹⁷⁾ Op. cit. en nota 4, pág. 34.

⁽¹⁸⁾ Op. cit. en nota 4, pág. 35.

Finalmente intervino D. Antonio María Fabié, quien concluyó su discurso del siguiente modo:

(...) Yo creo, señores, que las crisis que tuvieron lugar en el Continente americano desde 1810 a 1825 son, para valerme de una comparación que nace de las ciencias naturales, y principalmente de la biología, son, digo, verdaderas crisis de desarrollo y crecimiento. Han pasado esas crisis, y todos los pueblos que habitan la Península española, así como los que habitan la mayor parte del Continente americano, forman hoy una misma raza; son, en mi entender, y considerando el asunto en su concepto más elevado y más extenso, los representantes de una misma civilización, determinada y diversificada por el momento y quizá definitivamente, en distintas nacionalidades; pero una misma y sola civilización es indispensable para que, juntamente con las demás, cumplan y realicen las condiciones y leyes eternas de la historia, porque no es posible, señores, que la peregrinación de la humanidad sobre la tierra se dirija por un solo camino, ni que lleve a cabo su maravilloso éxodo por una sola raza. La latina, a pesar de su brillante y glorioso pasado, no es posible que haya agotado todas sus energías, y en los futuros períodos de la historia, ¡quién sabe, Sres. Académicos, quién sabe si en ese nuevo Continente, en donde yo hace mucho tiempo que creo que la humanidad ha de llegar al término de sus grandes destinos, la raza ibero-americana sea la encargada de ofrecer ese grandioso espectáculo, y ese espíritu latino y esa civilización latina a que todos pertenecemos, realice la unidad en que todos los seres humanos han de alcanzar su perfección en la tierra!¹⁹

Lamentablemente, a pesar de tan auspicioso inicio, las actividades de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación se sumieron progresivamente en el letargo. Hay constancia de que sus actividades continuaban desarrollándose en 1906, bajo la presidencia de D. Alberto Elmore. Así, el 24 de agosto de ese año se acordó la incorporación de nuevos Académicos de Número. No obstante, no hay datos posteriores conocidos.²⁰

Curiosamente la misma suerte corrió la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación que la había precedido en cuanto a su creación. En 1930 se constituyó la actual Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, aprobándose sus estatutos el 8 de octubre de ese año.

¹⁹ Op. cit. en nota 4, pág. 40.

²⁰ En la columna "Hace un Siglo" incluida en la edición del diario *El Comercio* de Lima de 3 de septiembre de 2006, se da cuenta de una noticia aparecida en ese diario el 3 de septiembre de 1906, informando que "el 24 de agosto último se reunieron los miembros de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Española, bajo la presidencia del señor Alberto Elmore. Fueron designados nuevos miembros de número los doctores Manuel L. Castellanos, Ricardo Ortiz de Zevallos, Ramón Ribeyro, Francisco J. Eguiguren, Nicanor León, Estanislao Pardo Figueroa, Manuel M. Gálvez, José S. Caveró, Guillermo A. Seoane, Rafael Villanueva, Juan José Calle, Isaac Alzamora, Alejandro Arenas, Mariano M. Valcárcel, Javier Prado y Enrique de la Riva-Agüero".

CRÓNICA

HOMENAJE A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO POR SUS NOVENTA AÑOS, PARADIGMA DE HUMANISMO Y DE VIDA EJEMPLAR ACADÉMICA

Miguel P. Vilcapoma Ignacio

Con motivo del noventa cumpleaños del maestro Héctor Fix-Zamudio y cuarenta de fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, este Instituto y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) organizaron el *Seminario Internacional: El Constitucionalismo contemporáneo*, los días 4 y 5 de septiembre de 2014 en la ciudad de México.

I. Ceremonia de homenaje

La ceremonia de homenaje a Héctor Fix-Zamudio se inició a las 10:00 horas del día 4 de octubre en el auditorio del Instituto que lleva el nombre del maestro homenajeado, con presencia del Consejo Directivo y miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con la concurrencia de delegaciones de diferentes países de Latinoamérica y de Europa que llegaron con este motivo y público asistente.

La delegación peruana estuvo presidida por el Presidente honorario de la Asociación Peruano de Derecho Constitucional, Domingo García Belaunde y por el Presidente de la Asociación, Ernesto Blume Fortini e integrada por Aníbal Quiroga León, Susana Castañeda Otsu, Miguel Vilcapoma Ignacio, Carlos Cárdenas Quirós, Dany Ramiro Chávez López, José F. Palomino Manchego, Nelson Ramírez Jiménez, Gustavo Gutiérrez Ticse y Mary E. Vilcapoma Salas.

Ocuparon la mesa de honor el Dr. José Narro Robles, rector de la UNAM, quien presidió la ceremonia; el homenajeador, doctor Héctor Fix-Zamudio, investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; el Licenciado Luis Raúl González Pérez, abogado General de la UNAM; la Dra. María Leboa Castañeda Rivas, directora de la Facultad de Derecho de la UNAM; el doctor Domingo García Belaunde, Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano; el Dr. Héctor Fix-Fierro, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Dr. Diego Valadés, investigador emérito de la UNAM y Presidente del Instituto Iberoamericano.

El maestro de ceremonias de este acto conmemorativo anunció el primer discurso de reconocimiento a cargo de Héctor Fix-Fierro.

a. Héctor Fix-Fierro

Al hacer uso de la palabra, saludó cordial y afectuosamente la presencia del señor rector de la Universidad Nacional Autónoma de México y autoridades universitarias; asimismo, a los señores miembros del Instituto y de igual forma, lo hace con todos los visitantes llegados de diferentes lugares de América y Europa, refiriendo que muchos de ellos “han llegado después de largos viajes para compartir con nosotros esta ceremonia”.

Indicó que el motivo principal de este Seminario es el noventa aniversario de Héctor Fix-Zamudio, señalando que se celebran también otros cumpleaños, como los cuarenta de la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que se produjo en la ciudad de Buenos Aires en 1974, siendo Héctor Fix-Zamudio su fundador y su primer presidente. Señaló que por eso, “Diego Valadés, su actual presidente, ha organizado este Seminario Internacional juntamente con nuestra casa de estudios en su homenaje, para discutir algunos de los temas más importantes para el constitucionalismo actual”.

Luego destacó que el 1º de agosto del presente año, se ha cumplido también el cincuenta aniversario en el que don Héctor Fix-Zamudio renunció al ofrecimiento del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de México de ocupar el cargo de Ministro de esa Corte y prefirió dedicarse al Instituto. Agregó que en 1966 aceptó el cargo de Director cuando el Instituto se denominaba de Derecho Comparado de México y fue su director a tiempo completo por doce años, que marcaron en forma profunda la dirección que tomó el Instituto hasta el día de hoy. Fix-Fierro, señaló que el maestro Fix, posteriormente tomó dos decisiones similares en ese sentido; por tanto, a esas decisiones, se debe la actual situación del Instituto.

Recuerda que en septiembre del 2011, en torno del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se llevó a cabo en la ciudad de Lima,

manifestó con estas palabras: “que me permití decirles a los miembros más jóvenes del Instituto, que si en el año 1968, el Dr. Héctor Fix-Zamudio hubiera aceptado ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de México, posiblemente el destino del Instituto hubiera sido completamente distinto: el Instituto no sería lo que es hoy y nosotros no estaríamos aquí. Miguel Carbonell, al escuchar esto, se acercó a Héctor Fix-Zamudio para decirle, gracias maestro porque usted no haya aceptado ser Ministro de la Suprema Corte, puesto que hoy, el Instituto no sería lo que es ahora, y él respondió diciéndole: “no me den las gracias a mí, sino dásela a mi esposa”.

Indicó que Héctor Fix-Zamudio, pasó doce años como Director del Instituto en situaciones totalmente diferentes a la actual, pues en aquella época, el trabajo académico gozaba de menos reconocimiento que en la actualidad.

Luego precisó “... que el octavo aniversario de mi designación como Director del Instituto, tiene solo mérito personal, admiro que el homenajeado ocupó doce años en condiciones menos favorables, por eso digo que en el Instituto, he pasado cosechando lo que no he sembrado, por eso no me molesta que digan Fix-Zamudio cuando quieran referirse a Fix-Fierro; todo lo contrario”.

Al mismo tiempo, destacó los cargos de responsabilidad que Héctor Fix-Zamudio ocupó en el Instituto, los ocho años que pasó como miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad, diez años en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; doce años en la Corte Interamericana como Juez y casi seis como presidente; y en otros organismos supranacionales. Señala que afrontó los conflictos de 1968 y el paro laboral de 1972; dijo, “mientras que yo por fortuna no he afrontado ningún conflicto que se aproxime a los mencionados”.

Refiere Fix-Fierro que el homenajeado solo acepta como mérito haber vivido mucho tiempo. Sigue trabajando en sus humildes obras, señala también que la pérdida de su esposa, hace diez años, fue un duro golpe para él.

b. Diego Valadés

A su turno, Diego Valadés, saludó la presencia del señor Rector. Con mucha emoción, lo hace también al dignísimo maestro Fix-Zamudio, homenajeado en el mencionado acto. Luego, dio la bienvenida a los amigos extranjeros que se han hecho presentes para expresar su saludo y testimoniar su afecto, señalando que han llegado movidos por el mismo entusiasmo, profesores que vienen de lejos y otros de más cerca, de Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Nicaragua, Perú y Venezuela. Hizo presente que están ausentes cuatro amigos y miembros del Instituto

Iberoamericano, luego, refiere que le han pedido que haga llegar también sus mensajes de cariño, por tanto, hizo alusión a la ausencia de Jorge R. Vanossi de Argentina, José Afonso Da Silva del Brasil, Pedro de Vega de España, R. Jorge Mario García Laguardia de Guatemala, señaló que todos estaban ausentes por motivos de salud.

Testimonió que es imposible hablar en esta ocasión sin mucha emoción, todo lo contrario, “como lo hizo nuestro entrañable amigo Fix-Fierro”. Señaló no estar muy lejos de la emoción, “he dicho varias veces, entre amigos y hoy lo reitero que, después de mi propio padre a nadie debo tantas enseñanzas y tantas lecciones académicas y humanas como a mi maestro Fix-Zamudio”. Indicó que esta es la oportunidad de los reconocimientos, son noventa maravillosos años llenos de sabiduría. Propuso que, si el señor Rector lo permite y no se altera la estructura de la ceremonia podemos cantarle en el momento adecuado “Las Mañanitas”.

Dijo: “Quiero hacer un comentario. Pocas personas son tan reacias a recibir los reconocimientos como el maestro Fix-Zamudio; cuando alguien se le acerca en tono admirativo a él, les dice que no se agradece con palabras; nunca habla de sí mismo, “nunca se refiere a sus obras, además tampoco lo necesita, para eso nos tiene a nosotros”. Nos ha enseñado no solo a pensar en Derecho, sino a actuar en Derecho; quiere decir si se buscara una expresión que traduzca su persona, podemos afirmar que su oficio es ser justo, eso implica muchas cosas para nosotros, como su sabiduría. Nos enseñó, entre otras lecciones, que el Derecho tiene entre sus objetivos hacer que la arbitrariedad sea dominada y no dominante; a hacer que la dignidad no se incline ante la necesidad; que la necesidad sea satisfecha y no multiplicada; nos ha mostrado que es más importante triunfar, ante todo, sobre nosotros mismos que frente a los demás; no puede haber ofensa sin sanción, ni sanción sin deliberación; nos ha enseñado que, ante el error, cabe la indulgencia, pero nunca la complacencia. Son las lecciones que dio el maestro, en noventa años de sabiduría. Estas grandes lecciones que hemos recibido del maestro es parte del aniversario en esta fecha”.

Señaló que el recuento del Instituto Iberoamericano, es el gran regalo que nos hizo con su vida y sus obras, los que recibimos el regalo somos nosotros.

Continuando con su discurso dijo: “Quiero entregar a Fix-Zamudio, al Señor Rector y a los integrantes de esta mesa, este volumen (Diego Valadés, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Trayectoria*, México, 2014) donde está la síntesis de lo que se hizo en cuarenta años de actividad, desde la fundación del Instituto en la Argentina”; indica que “allí surgió la idea que él hizo en el Instituto: congresos, seminarios, ponencias, conferencias, todo se hizo con la idea cuando el maestro Fix-Zamudio, Jorge

Carpizo y Diego Valadés, acompañado por los fundadores Jorge Vanossi, como también hizo Domingo García Belaunde, también fundador del Instituto. Reconociéndole todo el esfuerzo que hizo y que se resumen en este volumen". Señaló que todo el trabajo fue la inspiración del maestro Fix-Zamudio. De igual forma indicó que el maestro promovió organismos de los Derechos Humanos, la estructura administrativa de los Poderes Judiciales, y en 1963 la proliferación del Amparo para que en todo el hemisferio exista la defensa de los derechos.

Para concluir su intervención, citando a Norberto Bobbio, refiere que él afirma que es una obligación de los maestros que llegan a una edad mayor, dejar un testimonio escrito de su propia forma de vida. Hace referencia que Bobbio toma parte del trabajo de Cicerón *De Senectute*. Agrega que en *De Senectute* de Cicerón, (el título completo del libro es: *Cato maior de senectute liber*, obra escrita en forma de diálogo entre Catón el Viejo con dos jóvenes; Escipión, hijo de Pablo Emilio, y su amigo Lelio) Catón contaba con ochenta y cuatro años, los jóvenes se admiraban de la intensa actividad que desplegaba el octogenario, y éste da unas famosas razones para no renegar de la vejez y aceptarla como una etapa más de la vida, rica en dones y placeres. Señala Diego Valadés que Cicerón escribió esta obra, cuando contaba con 62 años de edad. Señala que en esta obra encontró un párrafo que se adecua al momento o etapa en que vive el maestro Fix-Zamudio, que es casi una obligación de los profesores que han llegado a una edad mayor, dejar un testimonio escrito de su propia forma de vida, de su propio desarrollo, su propia trayectoria: "El maravilloso mundo de la memoria, fuente inagotable de reflexiones sobre nosotros mismos, sobre el universo que hemos vivido, sobre las personas y acontecimientos, las imágenes y rostros desaparecidos, de lugares visitados, de las novelas leídas, ... de poesías aprendidas, de actores y actrices olvidados, de cancioncillas, ... constituye el tesoro sumergido".

Hizo referencia que Catón el viejo, reconocía que la musculatura cedía, que los malestares merodeaban, la visión mermaba, la salud mimbraba, el cansancio crecía... pero dijo, no añoro la fuerza de mi juventud, porque me queda el saber de la vida. Diego Valadés, resaltó la humildad de Fix comparándolo con la humildad socrática "sólo sé que nada sé"; con lo que concluyó su intervención.

c. Luis Raúl Gonzáles Pérez

Después de saludar a los miembros de la mesa, a los visitantes y al auditorio en general, señala que este día 4 de septiembre, la felicidad que nos embarga sobrepasa los límites de la familia nuclear que contribuyeran a forjar el maestro Fix-Zamudio y la recordada doña Cristina.

Se dirige al maestro y expresa: “Quienes hoy participamos en este *Seminario Internacional sobre el Constitucionalismo contemporáneo*, en este recinto que se honra con su nombre, constituimos una familia que va más allá de toda categorización sociológica, legal o convencional, somos el afortunado espacio comunitario cuyo campo semántico se ensancha e incluye, lo mismo amigas y amigos, cuyos lazos de unión es ejemplo de vida, su mensaje siempre indemnizatorio, su cátedra docta e informada, su actualizada obra intelectual, el consejo paternal, un extrañamiento siempre cálido y cuidadoso, la recomendación teórica, la corrección conceptual, su orientación metodológica, las atendidas sugerencias empíricas y prácticas, el soporte histórico, el uso del escrupuloso lenguaje técnico y la concordancia gramatical más acabada. De esta dimensión y de este talante sin falsas modestias somos la familia tan profunda y altamente beneficiada con su entrega institucional. Un botón de muestra de ergonomía es su respuesta siempre inmediata y amable a la solicitud de una cita o una invitación para desayunar; uno se siente siempre escuchado con el ingrediente adicional de disfrutar una charla amena llena de datos y anécdotas”.

Destacó su condición de fundador y Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, miembro de El Colegio Nacional, integrante de la Junta de Gobierno de UNAM, su participación en diferentes sociedades científicas nacionales e internacionales; ha impartido cursos, conferencias y talleres en América y Europa; Doctor Honoris causa por la Universidad de Complutense y de Castilla La Mancha, gran pionero y gran sistematizador del Derecho Procesal Constitucional como lo señala Eduardo Ferrer Mac-Gregor igual con su mentor Alcalá Zamora y Castillo.

Finalizó recordando que Jorge Carpizo, gran líder académico, fue su secretario a los 23 años de edad. Con lo que concluyó su intervención.

d. Domingo García Belaunde

Después de saludar a los presentes, agradece la invitación que se le cursara con este motivo. Señala que le honra estar nuevamente al lado de Héctor Fix-Zamudio, que lo conoció hace mucho tiempo; indica que fue un mérito envejecer juntos. Cuando llegó a México en 1975 lo más importante fue conocer personalmente a Héctor Fix-Zamudio, puesto que lo conocía desde antes a través de sus obras desde que fue estudiante; refiere que fue su maestro a la distancia, puesto que siempre lo seguía en su producción bibliográfica; luego, señala que son muy buenos amigos. Precisa que Fix-Zamudio no hace alarde de lo que sabe, practica la sabiduría socrática; o sea, es saber lo que no sabe.

Señala que Héctor Fix-Zamudio estuvo varias veces en Lima, estuvo en Arequipa con Jorge Carpizo, Diego Valadés; subrayó que lo homena-

jearan desde antes, sin esperar todavía este momento. Hizo referencia que la Academia Peruana de Derecho, a través de su vice Presidente Carlos Cárdenas Quirós, le hace entrega de un plato recordatorio; de igual forma, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, presidida por Ernesto Blume Fortini, le hace presente otro plato recordatorio; menciona también que Susana Castañeda Otsu, magistrada del Poder Judicial y miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en homenaje al maestro Fix ha publicado las ponencias de los peruanos que participaron en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo” realizado en Tucumán, Argentina en septiembre de 2013, con el título *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: controles y riesgos*, todo lo cual se le hizo entrega en ese acto. De igual forma, hizo presente la carta de adhesión al homenaje del maestro Fix-Zamudio de parte de Marcial Rubio Correa, rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), de la cual es Doctor *Honoris Causa*. Por último hizo referencia entre los presentes a directivos de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana Los Andes-Huancayo, resaltando que esta universidad, años antes le otorgó a Fix-Zamudio el grado de Doctor *Honoris Causa*.

Concluyó su intervención señalando que recuerda de sus lecturas de juventud, una carta de Séneca quien anotaba que un hombre es grande porque tiene un alma grande. El maestro Fix es grande porque tiene un alma grande, concluyó.

e. José Narro Robles

Al usar la palabra, indica que uno de los privilegios que le da el ser Rector de la UNAM, es poder acompañar en su celebración al maestro Héctor Fix-Zamudio. Señala que si no hubiera sido rector de la Universidad, no hubiera participado de esta ceremonia. Señala que le une una amistad de más de treinta años, con muchos recuerdos, con muchas enseñanzas, un sinnúmero de desayunos; es decir, una vez más para dar las gracias por haber dado todo un ejemplo de vida y aspiración, gracias por ser un ejemplo para nosotros.

Resaltó el Rector la presencia en el auditorio de docentes y académicos de otros lugares, la presencia de la familia biológica y la familia configurada por sus discípulos, por los discípulos de sus discípulos, la familia espiritual que él formó.

Señaló que “hemos venido a festejar, a decirle felicidades, el tema de las Mañanitas usted nos dirá a qué hora lo cantamos. Queremos expresarle nuestro afecto, nuestro cariño. Muchas gracias por su ejemplo de vida para todos nosotros, cuando hablamos de valores y cuando hablamos de lo humano...”

Agregó que Fix es un ejemplo de valores, de principios, de humanismo; ejemplo de congruencia y consistencia, de honestidad, de institucionalidad y lealtad.

Es un ejemplo de trayectoria académica, esa aportación a la vida del Instituto, a la Universidad. “Si no hubiéramos tenido a Fix, la Universidad, el Instituto no hubieran tenido la fortuna de contar con Fix. Hemos venido a celebrar la calidad de vida, la entrega del maestro Fix, gracias por su enseñanza”.

Hizo referencia que en el homenaje rendido a Fix-Zamudio en El Colegio Nacional con el mismo motivo, hizo un recuerdo de su discípulo Jorge Carpizo, quien leyendo un discurso sobre la vida y obra de Fix, en este mismo ambiente dijo: “Gracias infinitas por haber construido una fraternidad académica de excelencia al servicio de la universidad y del país, gracias infinitas por constituir usted una fuerza moral al servicio de la academia, atalaya del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de sus valores, gracias infinitas porque su ejemplo, su vocación firme y congruencia, nos fortalece a todos; gracias infinitas porque todos somos beneficiarios de su bondad, su aliento y su apoyo seguro; gracias infinitas por obsequiarnos su obra jurídica grandiosa y perdurable; gracias infinitas por ser como es, en momentos como los que vive México; la existencia como usted, alientan, reconfortan y otorgan energía; gracias por su entrega sin fronteras a su universidad y a su Instituto; gracias infinitas por ser una referencia firme... indestructible de los valores universitarios y de los valores laicos, para usted maestro Fix-Zamudio — terminó Jorge — las guirnaldas de oliva muy verdes y que se otorgan a quienes, al haberse entregado, construyeron una obra académica colosal... para usted la guirnalda de triunfo, imperecederas de nuestro agradecimiento”.

Para concluir su intervención, pidió un gran aplauso de los presentes y que se prolongó por más de dos minutos.

f. Héctor Fix-Zamudio

El maestro condecorado pidió perdón por no ocupar la tribuna, indicando que prefiere hablar sentado, entre amigos. Señala que los amigos uno los ve con ojos muy afectuosos y los ve distintos a lo que uno se ve.

Indicó que hay dos personas muy queridas, su esposa y Jorge Carpizo. Recordó que “cuando estaba trabajando en la Suprema Corte me decidí por la vida académica, mi esposa me ayudó mucho en esta tarea, por tanto no me aparté de la Universidad, el mérito puede ser la perseverancia. Me siento revitalizado por ese apoyo que me han demostrado todos los que han hablado”. Precisa que la riqueza no está en el dinero. Expresó: “Me

siento contento de tener una gran cantidad de amigos en México y fuera de él, es también posible que en esta ceremonia, esté Jorge Carpizo en primera fila y luego también mi esposa, en medio del salón diciéndome que hable más despacio, que alce la voz... los dos están conmigo”.

Concluyó dando las gracias por el aprecio demostrado, no solo hoy, sino desde antes.

g. Conclusión de la ceremonia

Efectivamente, todos cantamos de pie “Las Mañanitas”, luego procedimos a saludar al maestro Fix-Zamudio personalmente todos los presentes, así estaba establecido en el protocolo, formando el turno respectivo, aprovechamos esta oportunidad para entregarle una placa recordatoria a nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Los Andes y un decorativo consistente en una vicuña de plata, símbolo de nuestro Escudo Nacional.

II. Mesa de discusión

Al día siguiente, el día 5 septiembre a las 9:00 horas, en el aula de Seminarios “Guillermo F. Margadant”, se instaló la mesa de trabajo con el tema *El constitucionalismo contemporáneo*, bajo la dirección del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, integrado por Diego Valadés, Domingo García Belaunde, José María Serna de la Garza, Carlos Ayala Corao, Marcelo Figueiredo, José F. Palomino Manchego, Antonio María Hernández, Julio César Ortiz Gutiérrez. Se integraron a la mesa de trabajo Sergio Díaz Ricci y Rubén Hernández Valle, integrantes del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Domingo García Belaunde se desempeñó en la dirección de debates.

La delegación peruana fue la más numerosa de todos los concurrentes, y todos participamos en la mesa de trabajo.

La mesa propuso que el trabajo debe consistir en la identificación de problemas que constituyan una agenda de trabajo del constitucionalismo contemporáneo. Es así que se propuso diversos temas. Muchos de los participantes coincidimos en el señalamiento de ellos:

- a. El control de convencionalidad, la internacionalización del Derecho Constitucional (Sergio García Ramírez); habiendo dado nacimiento al *ius commune* europeo y al *ius commune* latinoamericano (García Roca).
- b. Otros plantearon los problemas de la legitimidad jurídica del Estado.
- c. Otro tema planteado fue la interamericanización de lo europeo y la

- europización de lo interamericano (Mariela Morales Antoniana).
- d. También se formuló como tema el hiper-presidencialismo y la reelección presidencial inmediata que no debe faltar en la agenda, puesto que hay gobiernos que nacen del sufragio universal, pero tienden a institucionalizar la reelección presidencial inmediata (Antonio María Hernández, José María Serna de la Garza, Miguel Vilcapoma).
 - e. El problema de la descentralización (Antonio María Hernández).
 - f. La integración de los sistemas de protección de los derechos humanos en forma interna o supranacional a través de los mecanismos de control de convencionalidad (Miguel Vilcapoma).
 - g. La generalización de la corrupción a nivel de funcionarios de los Estados y la tendencia a la configuración de un “narco-Estado” (Miguel Vilcapoma).
 - h. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales; entre ellos, el derecho a la educación (Francisco Tortorelo, Miguel Vilcapoma).
 - i. El problema de la pobreza marginal (Daniel Barceló).
 - j. La Justicia Militar (José F. Palomino Manchego).
 - k. La Justicia Electoral, Corte o Tribunal Electoral (José F. Palomino Manchego).
 - l. La constitucionalización del derecho privado, teniendo cuenta que en el Perú en 1936 se institucionalizó el control difuso en el Código Civil de ese año (Carlos Cárdenas Quirós).
 - m. La constitucionalización del arbitraje (Carlos Cárdenas Quirós, Nelson Ramírez Jiménez).
 - n. La globalización y la telemática como problemas que rompen muchos paradigmas. Derechos fundamentales y tecnologías de la información que ponen en riesgo muchos derechos fundamentales (Ernesto Blume Fortini y Francisco Tortorelo).
 - o. Relación del constitucionalismo y el Derecho Procesal Civil (Nelson Ramírez Jiménez).
 - p. La concentración del poder económico privado en los medios de comunicación o monopolización de los medios de comunicación (Nelson Ramírez Jiménez).
 - q. Problemas de educación constitucional (Antonio María Hernández).
 - r. El control del poder (Ernesto Blume Fortini).
 - s. El tema del neoconstitucionalismo (José F. Palomino Manchego).

- t. El problema de las emergencias (Antonio María Hernández).
- u. Justicia constitucional mixta o jurisdicción constitucional mixta; jurisprudencia ordinaria y el precedente vinculante del Tribunal Constitucional (Aníbal Quiroga León).
- v. La utilización de las formas constitucionales. ¿Es suficiente la forma? Se considera que no, pues nos conduce al fraude constitucional. ¿Cómo desenmascaramos el fraude constitucional? Es necesario analizar el conflicto que genera. Hay que limitar el poder, el poder tiene que ser controlado. (Sergio Díaz Ricci).
- w. El desafío del constitucionalismo autoritario que conduce a un Estado total. La separación de poderes es un concepto burgués, por eso el Poder Judicial no puede ser independiente. Pueblo es todas las personas. La protección internacional de los derechos humanos es un concepto (Carlos Ayala Corao).
- x. El constitucionalismo del siglo XIX es el constitucionalismo de la euforia. El Constitucionalismo del siglo XX fue el constitucionalismo pragmático. El Constitucionalismo del escepticismo y pesimismo es del siglo XXI. Pluralidad, responsabilidad y reprobación o remoción (Diego Valadés).
- y. La corrupción. Regulación democrática de los partidos políticos. El consti-tucionalismo como modelo. Estamos sobrecargando la Constitución con derechos. La judicialización de los derechos sociales y económicos. El constitucionalismo intercultural: la igualdad. El nuevo constitucionalismo (José María Serna de la Garza).
- z. El problema de las mayorías y minorías, que Kelsen ya abordó en los años 20 (Domingo García Belaunde).

Entre otros, son estos los temas que quedan en la agenda para ser abordados en los próximos certámenes nacionales e internacionales.

NECROLÓGICA

A LA MEMORIA DEL MAESTRO PABLO DERMIZAKY PEREDO (1923–2015)

José Antonio Rivera S.*

El día jueves 19 de marzo (día del padre), en horas de la tarde, recibí una llamada telefónica del Presidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Dr. William Herrera Añez, quien con voz entrecortada me dijo “falleció el Dr. Pablo Dermizaky Peredo”; fue la noticia más triste que recibí aquel día, porque perdí a quien en vida fue mi principal mentor, maestro y verdadero padre académico.

Su partida en un viaje sin retorno constituye una irreparable pérdida, no solo para quienes tuvimos el honor de ser sus discípulos, colegas y amigos, sino para el Estado Constitucional de Derecho, por cuya plena vigencia trabajó incansablemente desde la docencia universitaria, la academia y la labor jurisdiccional que le correspondió desempeñar.

El Dr. Pablo Demizaky Peredo fue un ser humano extraordinario, que cultivó en su vida cotidiana los valores éticos y morales; llevó una vida ordenada, disciplinada, discreta y sin ostentaciones; fue muy respetuoso de las personas, sus derechos y libertades, de las reglas y normas preestablecidas para la convivencia pacífica.

Su trayectoria profesional fue destacadísima; pues fue y será uno de los mejores constitucionalistas bolivianos que volcó sus conocimientos a la formación de profesionales abogados, ejerciendo las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias

(*) El autor es Profesor de Derecho Constitucional. riverasa@gmail.com

Jurídicas y Políticas de la UMSS con sobrada solvencia académica, siendo uno de los mejores docentes. También desempeñó funciones diplomáticas como delegado del Estado boliviano ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (1969 y 1970); Primer Secretario de la Embajada de Bolivia en Francia y encargado de Negocios a.i. (1950 a 1952); Cónsul General de Bolivia en Nueva York (1969 a 1971), Embajador de Bolivia en Bélgica y ante la Comunidad Económica Europea (1979–1980); Delegado de Bolivia a Conferencias Internacionales de la OIT, de la OEA y de la Cuenca de La Plata.

En el ámbito académico dedicó su vida al estudio y la investigación del Derecho Constitucional; fruto de sus investigaciones produjo una vasta bibliografía jurídica, publicando los siguientes libros: “Derecho Administrativo” (cuatro ediciones); “Derecho Constitucional” (cinco ediciones); “Ciencias de la Administración”; “Constitución Política del Estado”, anotada, comentada y concordada, (dos ediciones); “Derechos y Garantías Constitucionales”; “Geopolítica y Relaciones Internacionales”; “Constitución, Democracia y Derechos Humanos”. También ha publicado numerosos ensayos y artículos sobre Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional y otros, en revistas especializadas de España, Francia, Chile y Bolivia.

En el ámbito jurisdiccional no solo desempeñó con sobrada solvencia profesional la labor de magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, sino que fue la pieza clave para la configuración y puesta en funcionamiento de dicho órgano constitucional; pues en su condición de primer Presidente de aquella institución, junto al resto de los magistrados titulares y suplentes, equipo del que tuvo el honor de formar parte, trabajó de manera denodada y silenciosa para organizarlo administrativa y jurisdiccionalmente; con un presupuesto limitado y prescindiendo de asesores o consultores, los diez magistrados, a la cabeza de Dermizaky, elaboraron los reglamentos, alquilaron un inmueble y lo equiparon, seleccionaron y contrataron al personal de apoyo jurisdiccional y administrativo, para luego tramitar una Ley que, modificando la *vacatio legis* prevista por la Ley N° 1836, posibilitó adelantar el inicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.

En el tiempo que presidió al Tribunal Constitucional le dio su sello personal de transparencia, mística de trabajo y responsabilidad; cuidó celosamente que el Tribunal no incurriera en retardación de justicia controlando personalmente el despacho de las causas; defendió con firmeza y convicción la independencia del Tribunal y los magistrados; pues no dudó un segundo en rechazar una convocatoria efectuada por el Presidente del Congreso Nacional, de ese entonces, a una reunión con los Vocales de la Corte Nacional Electoral que enfrentaba ante el Tribunal un Recurso Direc-

to de Nulidad, recordándole a la autoridad legislativa la importancia del respeto a la independencia judicial; cuidó celosamente la imparcialidad con la que debieron obrar los magistrados al hacer cumplir la prohibición de recibir en audiencias privadas a las partes que intervenían en un proceso constitucional; así, por ejemplo, no tuvo ningún reparo en rechazar al Alto Mando de las Fuerzas Armadas una solicitud de audiencia privada que efectuaron trasladándose personalmente hasta las oficinas del Tribunal Constitucional; recuerdo que dichas autoridades tuvieron que retornar a su sede de funciones expresando su enfado por no haberseles recibido en audiencia privada. Con su ejemplo enseñó a sus colegas y funcionarios la responsabilidad, mística y amor al trabajo.

Como dijo Bertolt Brecht “Hay hombres que luchan un día y son buenos. Hay otros que luchan un año y son mejores. Hay quienes luchan muchos años, y son muy buenos. Pero hay los que luchan toda la vida, esos son los imprescindibles”. El Dr. Pablo Dermizaky luchó toda su vida por la preservación del Estado Constitucional de Derecho y la protección de los derechos fundamentales de la persona, por ello, como le dije cuando me comunicó de su renuncia a la Presidencia del Tribunal, es un hombre imprescindible; por eso lo tendremos siempre en nuestra memoria con cariño y gratitud y su obra perdurará en el tiempo.

DOCUMENTO

ESTATUTO PROTECTOR DE LA FUNCION PARLAMENTARIA*

Darío Herrera Paulsen

El lenguaje corriente califica a los miembros de las Asambleas que forman el órgano legislativo, como mandatarios de la Nación o de la circunscripción que representan. Jurídicamente, esta denominación es imperfecta como lo sostienen muchos tratadistas, pero es una expresión consagrada. La situación legal de los miembros del Parlamento como señala La Ferreire, es una situación legal objetiva que está determinada por la Constitución, por la ley y por los reglamentos, de modo general, impersonal e imperativo.¹

De aquí, se deducen las siguientes conclusiones: a) todo elemento de esta situación puede ser modificado por la ley, sin que se pueda hablar de derechos adquiridos o de irretroactividad de la ley; b) los representantes no pueden abdicar legalmente de la función, como sería, por ejemplo, renunciar anticipadamente a la inmunidad parlamentaria o renunciar al cobro de sus dietas. Ninguno de estos compromisos tendría valor porque se trata de disposiciones de orden público.

En razón de la importancia de la función, la ley crea a favor del parlamentario una situación exorbitante del derecho común. Existe un “estatus protector” — como dice Barthelemy — que en el fondo es un prerrogativa que rompe el principio constitucional de la igualdad ante la ley, por el

(*) Publicado en el “Boletín de la Biblioteca de la Cámara de Diputados” (Lima), año VI, junio de 1951, núm. 16.

(1) La Ferreire, *Droit Constitutionnel*, pág. 706.

derecho de superioridad constitucional de la igualdad ante la ley, por el derecho de superioridad de la función política. El rol de las Asambleas modernas es precisamente el de control y crítica de los actos de gobierno, por lo que es necesario asegurarles una absoluta independencia, libres de toda amenaza o coacción. Los interesados se encuentran a este respecto en una situación de derecho objetivo, con todas las consecuencias que de ello se deriva; no son titulares de ningún derecho subjetivo.

Con este fin, la Constitución y la ley, fijan ciertos principios y garantías que constituyen el campo de las inmunidades parlamentarias, las incompatibilidades y las dietas parlamentarias. Todos estos principios jurídicos constituyen la legislación protectora de la función.

Bajo el primer título, se agrupan una serie de reglas que aseguran al parlamentario una protección contra las acciones judiciales que contra ellos pudiesen interponer el propio gobierno, o los particulares, y que se justifican ante el interés de no menoscabar en lo más mínimo los derechos del parlamentario y de la institución jurídica, asegurando la independencia de la función legislativa en beneficio de la comunidad. La doctrina y la legislación precisa son inmunidades: la irresponsabilidad parlamentaria y la inviolabilidad.

1. La irresponsabilidad parlamentaria

Es el privilegio que permite a los miembros del parlamento gozar de impunidad por las infracciones o daños que puedan ocasionar en el ejercicio de sus funciones.

El origen de la irresponsabilidad se encuentra en Inglaterra, que es la nación que nos ha legado las formas del régimen representativo. La Cámara baja luchó mucho tiempo para que este principio fuese aceptado. En el siglo XVI y XVII numerosos representantes fueron perseguidos en razón de proposiciones que la Corona estimó lesivas e injuriosas a sus derechos y a la realeza.

Bajo el reino de Ricardo II, un diputado que presentó un proyecto reduciendo los gastos de la Casa Real, fue condenado como traidor. En 1541, se produce una violenta reacción: el parlamentario decide que toda acción dirigida contra un miembro de la Asamblea, con ocasión de un proyecto de ley, discurso o una declaración cualquiera sobre un cuestión de la incumbencia del parlamentario, debía serle comunicado y debatirse por el propio parlamento, siendo de lo contrario nula y sin efecto. Sin embargo, la Corona trataba de limitar sus efectos. En 1621, la Cámara de los Comunes afirma que todos sus miembros pueden libremente hablar y hacer toda clase de declaraciones en todo asunto concerniente al parlamento, o los problemas

parlamentarios, sin tener que preocuparse de ninguna medida represiva, detención o arresto, salvo la censura de la propia Cámara. Sin embargo, la historia constitucional inglesa solo reconocería este privilegio como definitivo después de la Revolución de 1688, al consagrarlo en el famoso *Bill of Rights* que constituye uno de los documentos constitucionales más importante de la historia. Se establece que “la libertad de palabra, la tribuna, no podrá ser objeto de ninguna represión ante ninguna jurisdicción ni en ninguna parte que no fuera el parlamento mismo”. Queda así definida la irresponsabilidad parlamentaria. La responsabilidad solo funcionaria ante la propia Cámara mediante sanciones disciplinarias que en el caso de Inglaterra, pueden ir hasta el arresto, o prisión y la expulsión del seno del parlamento.

Desde entonces, esta inmunidad se convierte en un axioma del gobierno representativo. Luego el principio fue proclamado en Francia por los Estados Generales el 23 de junio de 1789.

Los privilegios parlamentarios aparecen en América por primera vez en la célebre Carta de Filadelfia de 1787, que dentro de su armónico y sintético texto, considera en la sección 6ª, el siguiente articulado: “Durante el periodo de sesiones de sus respectivas Cámaras, así como mientras se dirijan a ellas o de ellas regresen, no podrán ser arrestados, excepto en casos de traición, felonía y atentado contra la paz. Tampoco se les podrá tomar cuentas por discursos o debates sostenidos en el seno de sus respectivas Cámaras”.

Nuestra historia constitucional ha contemplado esta garantía en todas nuestras numerosas cartas políticas y ha mantenido una fórmula similar para definirla. La necesidad de esta prerrogativa fue reconocida desde la iniciación de la República. La Constitución de Torre Tagle de 1823, establecía: “los diputados son inviolables por sus opiniones y jamás podrán ser reconvenidos ante la ley por las que hubieran manifestado en el tiempo del desempeño de su comisión” (art. 57). Esta definición se repite en las Constituciones de 1826, 1828 y 1834, hasta llegar a la fórmula actual del art. 104º de la Constitución vigente de 1933 que establece “que los diputados y los senadores no son responsables ante ningún Tribunal ni ante ninguna autoridad por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones”. En la Constitución anterior, promulgada por Leguía el año 1920, se fijó un principio general de inviolabilidad que cubría ambas inmunidades y cuya redacción carecía de la técnica que acusa el texto vigente. (art. 80º).

Sin embargo, cabe indicar que el Anteproyecto de Constitución estuvo mejor concebido en este capítulo que la Carta que nos rige. Existía un título especial: “Derechos e inmunidades de los Representantes”, en que se definía con más claridad y técnica los límites y alcances de la institución.

Al analizar la tradición constitucional se manifiesta una indudable voluntad de nuestros constituyentes de dar el máximo de eficacia a esta inmunidad. Igual tendencia, aparece en la historia constitucional de muchos países y en especial en aquellos que han aspirado o pretendido ordenar su vida política dentro de la concepción representativa democrática.

La irresponsabilidad del parlamentario constituye así una institución de defensa y perfeccionamiento del régimen democrático, pues permite la libre expresión del representante en defensa de los intereses de la Nación. El miembro de la asamblea no es represible por las opiniones o votos que emita en el ejercicio de su función; está colocado encima de la Ley, a la cual están sometidos todos los ciudadanos. Pero, la irresponsabilidad se encuentra cuidadosamente delimitada, tanto en lo que concierne a las personas que se benefician de la prerrogativa, como de los actos que se encuentran protegidos.

En cuanto a las personas que se benefician de sus efectos, comprende a los miembros de ambas Cámaras, cualquiera que sea la función que desempeñan² (E. Pierre, *Droit Parlementaire*). Pero esta irresponsabilidad está limitada según fórmula de la Constitución vigente, a todos los actos o votos que emitan en el ejercicio de la función (art. 104°). Luego, se aplica a todo lo que los miembros de las asambleas hubiesen dicho, escrito o hecho, lo que comprende: los discursos pronunciados en la tribuna, o en las respectivas Comisiones, las proposiciones de Ley o Resoluciones, Ordenes del día, como las reseñas insertadas en los diarios y las conclusiones emitidas en cualquier comisión especial. En resumen, la Constitución actual es más precisa y explícita que los textos anteriores, pues la irresponsabilidad cubre “aun los votos”. Esta afirmación parece superflua: considerado en sí mismo el voto, no puede jamás proporcionar motivo para ninguna acción represiva. En su contenido, el voto es la expresión de una opinión —él mismo no constituye ningún delito. Pero, el voto puede relacionarse a actos anteriores, extraños o aun contrarios al mandato que podría constituir infracciones, que constituyan la cadena cuyo último anillo es el voto. Por ejemplo, un diputado ha recibido dinero para votar en tal o cual sentido. La corrupción aceptada por un representante no puede estar cubierta por la irresponsabilidad del art. 104°, podría estarlo por la inmunidad contemplada en el artículo 105° de la Constitución.

La doctrina y la legislación admiten que la irresponsabilidad del parlamentario tiene una especie de prolongación en la irresponsabilidad del periodista que reseña los debates parlamentarios, aunque estos sean de naturaleza infamatoria o calumniosa, siempre y cuando el periodista

⁽²⁾ E. Pierre, *Droit Parlementaire*.

no vierta su opinión personal sobre el debate y que la reseña periodística sea de buena fe.

Pero el dominio de la protección no cubre los actos que no representen el ejercicio de la función. La inmunidad solo opera para los actos que debe realizar el representante para el desempeño de su cargo, colaborando y fiscalizando la obra del Gobierno. En tal situación están los actos que realiza el elegido fuera de sus funciones, cuando escribe en un periódico o lo dirige, cuando participa en una manifestación pública. En tales circunstancias, el representante no puede escudarse detrás del principio de irresponsabilidad, pero podría acogerse a la prerrogativa de la inviolabilidad definida por nuestra ley constitucional.

También dentro del criterio que señalamos, la irresponsabilidad no puede cubrir lo que se conoce con el nombre de “tráfico de influencias”. La buena doctrina aconseja adoptar un criterio restrictivo en la calificación de los actos de la función, so pena de debilitar las bases de la institución tutelar. El miembro del parlamento, en ciertas ocasiones, está fuera del marco de su función o del ejercicio del cargo; y sería odioso extenderle la protección que constituye una prerrogativa excepcional a favor de un cargo, más no de una persona. Así, ciertas legislaciones prevén que las sanciones contempladas en el Código Penal por corrupción de los funcionarios públicos, se aplicarían a los miembros del Parlamento.

Efecto de la irresponsabilidad. En lo que concierne o toca a los actos propios de la función, tiene efectos absolutos: el parlamentario está cubierto de cualquier acción penal, ya sea que se inicie de oficio por el Ministerio Público o por instancia de parte. Igualmente, tampoco podría ser demandado por daños y perjuicios.

El texto de la Carta vigente, es más formal y explícito que el similar de otras Constituciones anteriores. El art. 104° es amplio en su redacción: “no responderán ante ningún tribunal o autoridad”, fórmula que no se encuentra antes, pues los textos solo afirman el principio de inviolabilidad.

Otro de los caracteres de esta regla constitucional, es que ella es perpetua. De otro modo, no tendría ningún valor real, la libertad de palabra en los debates y procedimientos se vería amenazada por la posibilidad de cualquier acción posterior, lo que sería inadmisibles, dada la finalidad del principio.

Cabría preguntarse si la irresponsabilidad que por vía de extensión — cubre al periodista — que da cuenta de los debates habidos en las Cámaras, permite o impide el derecho de rectificación de la persona agraviada, reconocido por el art. 7° de la Ley de Imprenta N° 10309. Tendríamos que negarlo. La reproducción de un debate no constituye propiamente un acto o artículo periodístico, y por lo tanto sometido a la ley que tutela y

reglamenta el ejercicio de la prensa. A mayor abundamiento, cuando se trata de informaciones enviadas como documentos o extractos oficiales, en cuyo caso la hoja periodística está obligada a reproducirlos textualmente, sin responsabilizarse por su contenido o forma.

En el Derecho comparado europeo, se anota una tendencia a limitar en cierta forma los efectos absolutos de la irresponsabilidad al prescribir ciertas constituciones que la responsabilidad puede funcionar mediante la autorización de la propia Asamblea. Por lo general, se constata que los Reglamentos Internos de las Cámaras, establecen ciertas sanciones para quien abusa maliciosamente de su impunidad, pudiendo eventualmente sufrir la sanción disciplinaria de la propia asamblea. En tal sentido, se redactó el Ante Proyecto de la Constitución, que decía: “que el diputado o senador respondería ante su Cámara por las expresiones violentas u ofensivas que deberían reprimirse por el Reglamento, o quien abusando maliciosamente de sus prerrogativas difamase a cualquier persona en su vida privada o familiar”. Y el reciente Reglamento del Senado, dice que la prescripción constitucional no excluye la obligación de guardar decencia y moderación en las sesiones (art. 81°); pero el Reglamento de las Cámaras y del Congreso, no contempla la existencia de un poder disciplinario, ni enumera las infracciones ni su sanción.

2. *La inviolabilidad física*

Bien que los efectos de la irresponsabilidad son bastante enérgicos, el representante puede verse perturbado o impedido en el ejercicio de su mandato por intimidaciones, amenazas, acusaciones o detenciones, en razón de hechos o actos que no entran propiamente en el campo de la función legisladora. Por esto el Derecho Constitucional, ha creado otra prerrogativa que es propiamente la inmunidad y que viene a completar el principio político enunciado en el art. 104°.

Definición de la institución. Consiste en la facultad o prerrogativa de que gozan los miembros del Congreso, al no poder ser objeto de acusaciones, arrestos, detenciones o juzgamientos por actos o infracciones de naturaleza penal. Esta protección toca actos extraños a la función legisladora y que, según el texto de la Constitución, se relacionan con actos sancionados por la ley penal. La finalidad de la fórmula constitucional es defender la independencia de los poderes y asegurar la libertad de acción del parlamentario, poniéndolo al abrigo de celadas, amenazas o acusaciones que puedan ser medios de intimidación.³

⁽³⁾ Chartier, *Les Immunités parlementaires*.

Como vemos no se trata de actos —delito o infracción— que haga cuerpo con el acto mismo por el cual se traduce la función del representante, sino de un acto-delito o infracción perfectamente independiente.⁴

Nuestra actual Constitución prescribe en el numeral 105° “los senadores y diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones y no pueden ser acusados ni presos sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen desde un mes antes de abrirse la legislatura hasta un mes después de cerrada, excepto infraganti delito, en cuyo caso serán puestos dentro de 24 horas a disposición de su respectiva Cámara”.

Este texto es afirmativo y restrictivo, y tiene antecedentes que lo remontan a la Constitución de Castilla de 1860 (art. 55°). Luego se repite en los arts. 54°–55° de la Carta liberal de 1867 de Prado y se vuelve a reproducir en la Constitución de Leguía de 1920 (art. 80°).

También se anota al estudiar la tradición constitucional que a partir de la Carta de Huancayo de 1839, se incorpora la fórmula “acusados o presos”, anteriormente se invoca solo la detención.

El principio afirmado en nuestras últimas constituciones, ha sido que no procede la detención ni el enjuiciamiento, sin previa autorización de las Cámaras, durante las sesiones y un tiempo anterior y posterior a ellas de 30 días, salvo infraganti delito, o por estar cerrado el Parlamento.

Esta no obstante, se constata que numerosas cartas políticas anteriores a la transaccional de 1860, han seguido otro criterio; la inviolabilidad ha durado todo el mandato, no ha estado limitado al tiempo de duración de las sesiones. La Constitución de Torre Tagle, que fue el primer documento político constitucional elaborado por peruanos, establecía en el art. 59°, “en las acusaciones criminales contra los diputados no entenderá otro Juzgado ni Tribunal que el Congreso, conforme a su Reglamento Interior; mientras permanezcan las sesiones del Congreso, no podrán ser demandado por deudas”. La Carta Vitalicia de Bolívar, decía: “ningún individuo del Cuerpo Legislativo podrá ser preso durante su diputación sino por orden de su respectiva Cámara, a menos que sea sorprendido infraganti delito por pena que merezca una capital”. Y la Carta de Orbegoso de 1828, que mientras duren las sesiones del Congreso no podrán los Diputados y Senadores ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas. En las acusaciones civiles contra algún miembro de las Cámaras desde el día de su elección hasta 2 meses después de haber cesado en su cargo no podrá procederse sino conforme al art. 31°, (que establecía la jurisdicción de la Justicia Política).

⁽⁴⁾ Esmein, *D. Constitutionnel*. T. II, pág. 420.

Como se ve, la tradición constitucional peruana ha contemplado las dos soluciones que se disputan el favor de la doctrina: la tesis que limita la inviolabilidad al periodo de sesiones o de los trabajos de la Asamblea, complementado con un periodo de gracia; y la tesis que sostiene la inviolabilidad durante toda la función o mandato que fue la regla en nuestros primeros documentos constitucionales. También el Anteproyecto de la actual Constitución redactado en cumplimiento de la Resolución de 7 de agosto de 1931, se acogía a la formula extensiva.

Se anota que en las últimas constituciones la inviolabilidad no impide el ejercicio de acciones civiles, pues se trataría de una protección excesiva. En la legislación, comparada americana existen ambas tesis: Colombia, establece también un período de extensión de la inmunidad —antes y después de las sesiones— (art. 101° de la Constitución de 1936); Panamá, extiende la protección a todo el mandato (art. 114: de la Carta de 1946) igual solución contiene la moderna Carta argentina del general Perón, que establece el privilegio de inmunidad “desde el día de la elección hasta el día del cese” (art. 62, Constitución de 1949). Lo mismo fija la carta de Bolivia, cuando dice: “ningún representante desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato sin discontinuidad podrá ser acusado, perseguido o arrestado sin licencia de la Cámara (Constitución de 1945, art. 53°). Y la novísima Carta del Brasil de 1946 preceptúa que desde el momento de la dación de las credenciales hasta la inauguración de la siguiente legislatura, los miembros del Congreso nacional no podrán ser presos, salvo *infraganti delicto*, debiendo ser siempre procesados con autorización de su respectiva Cámara.

Un caso especial en materia de inviolabilidad lo constituye la legislación inglesa que solo admite la protección por detenciones o arrestos de naturaleza civil. El privilegio de “*freedom of arrest*” siempre ha estado reservado a las causas civiles y nunca ha permitido que se entrase la administración de la justicia criminal. La Cámara no admite que aun el santuario de sus murallas proteja a uno de sus miembros si ha violado la ley penal. Pero todas las veces que el representante es arrestado, se debe comunicar la razón y justificar su inasistencia a la Cámara.⁵

Todos los textos constitucionales son formales cuando se refieren al delito flagrante. Se trata de una teoría excepcional y como tal el flagrante delito debe tomarse en un sentido preciso. Las constituciones de los Estados no acuerdan ninguna inmunidad en el caso en que la culpabilidad sea segura, evidente. Lo único que persigue la ley es protegerlo de acusaciones o actos que no tengan fundamento o sean producto de la pasión política, cosa que no puede existir frente a una situación objetiva, real. Pero aun el

⁽⁵⁾ Anson, *Law and Custom*, F. 1°

criterio de nuestra legislación es restrictivo: exige la entrega del representante en un plazo perentorio de 24 horas y el Parlamento tiene competencia jurisdiccional —al erigirse en alta Corte de Justicia Nacional. Mediante la justicia política se deslinda la responsabilidad de los altos funcionarios— a quienes domina Gastón Jéze— funcionarios gobernantes. El procedimiento está regulado por la Ley de Responsabilidad de Funcionarios y previsto en los Reglamentos de las Cámaras. Se inicia con la presentación del caso a la Cámara joven que decide si hay o no lugar a la acusación, es decir, que actúa a manera de juez instructor; de aprobarse, pasa el Senado, en el cual 3 diputados sostendrán la acusación; y si el debate termina admitiendo que hay lugar a formación de causa, el representante queda en suspenso de su función y se remite el expediente al Poder Judicial, Corte Suprema, para que actúe conforme al C. de P. P.

Si la persona aprehendida estimase que se ha hecho por el juez o autoridad una apreciación excesiva de la calificación de flagrante delito, puede invocarla ante su propia Cámara. Se puede temer y es posible en regímenes poco respetuosos del equilibrio e independencia de los poderes que en los momentos de caos o de grave perturbación política, el Gobierno pretenda abusar de esta posibilidad que le franquea la ley. Pero en verdad esta consideración no es de temer ni puede modificar el aspecto jurídico del problema, y en cuanto al aspecto político, la Carta del 33, exige que se ponga al representante a disposición de su Cámara, señalando en forma imperativa un plazo de 24 horas, término que no se había precisado en nuestras Constituciones anteriores. Además, el parlamento podría en cualquier estado de la causa suspender el procedimiento o no levantar la inmunidad.

El criterio adoptado por nuestra legislación se sigue en otras constituciones americanas, entre ellas la reciente de la República del Brasil (art. 45°) que fija 48 horas para que sea sometido a su Cámara. De modo que la existencia del flagrante delito no es suficiente para proceder contra el representante sin autorización de las Cámaras.

La solución de nuestra legislación parecería excesiva: frente al caso previsto por la ley, desaparece toda sospecha de pasión política.

Duración de la inviolabilidad. Los límites de la inviolabilidad a las sesiones correspondían a lo que fue o constituyó la razón originaria de la regla: asegurar el libre funcionamiento del parlamento evitando que el Gobierno impidiese la participación de cualquier representante a las reuniones. La suspensión de la inmunidad durante el intervalo de las sesiones es un homenaje que se rinde a la justicia penal.⁶

⁽⁶⁾ Esmein, Ob, Cit. pág. 425.

Actualmente, con muy buen criterio de la función, la doctrina considera que, esta concepción de la inviolabilidad es limitada, estrecha; en realidad la función parlamentaria no solo se reduce a la participación del representante a la sesión, sino que se extiende y se prolonga en otros campos.

Ciertos autores observan que la inviolabilidad extendida a toda la duración del mandato puede sustraer definitivamente al parlamentario a toda acción penal y que teóricamente podría llegarse a una cuasi impunidad en caso de reelección. En efecto, la inviolabilidad podría degenerar en una especie de irresponsabilidad absoluta, lo que constituye el fin que persigue la institución. Sin embargo, la suspensión de toda acusación, detención, etc., no es absoluta: la inviolabilidad comportaría necesariamente la suspensión de la prescripción. Se aplica el principio general de Derecho que dice: “*contra non valentem agere non currit prescriptio*”, de otra manera tendríamos la impunidad absoluta.

De este modo, toda demanda formalmente presentada contra un parlamentario, suspende el plazo de la prescripción, solución tanto más importante cuanto que en materia penal los plazos de prescripción son muy breves. Además, como ya se ha señalado, las Asambleas pueden en cualquier momento levantar la inmunidad y en ciertos casos puede plantearse esta situación en forma grave. Es delicada cuestión apreciar en caso de una acusación si la defensa y dignidad de la función y de la institución política, exige el silencio y la espera, o si se requiere la iniciación inmediata de una instrucción.

Hay que pensar que las Cámaras velarán porque la justicia y dignidad de la función no sea desnaturalizada y en caso necesario levantarán la inmunidad cuando el interés público exige el esclarecimiento de un hecho que interesa a la opinión pública. De modo que en la práctica, la duración de la inviolabilidad puede ser modificada a discreción de la Asamblea.

Se observa que el término inviolabilidad es técnicamente excesivo: la inmunidad no sustrae al Parlamento de las sanciones, acusaciones, detenciones que comporta la comisión de actos flagrantes sancionados por la ley penal; su efecto se reduce a que ninguna de estas medidas represivas o punitivas, pueden realizarse sin previa autorización de las Cámaras a la cual pertenecen. Si las asambleas no acuerdan su autorización, si no levantan la inmunidad, la acción judicial queda postergada, pero no desaparece. El Derecho no se extingue, solo su ejercicio se aplaza.

Según la tesis a que se acoja la constitución de cada Estado, la inviolabilidad será más o menos absoluta. En realidad en ciertas legislaciones — que aplican la inviolabilidad a todo el mandato — se agravan las consecuencias y el ejercicio de cualquier acción puede resultar extremadamente largo, y en la práctica puede significar una agravación de los efectos de la inmunidad.

Se ha constatado en muchos Estados europeos la tendencia a poner al frente de la dirección de los diarios, a diputados o senadores, con la finalidad —mal disimulada— de escapar a las sanciones previstas en la legislación de prensa por los delitos cometidos por vía de los órganos de prensa. Se crea una situación bastante delicada para el parlamento que tendría que discriminar entre los deberes del Gerente y los derechos del Parlamento. Sobre este particular se podría establecer alguna disposición prohibiendo por incompatibilidad de la función que los representantes sean directores o redactores de los diarios.

Estas dos reglas constitucionales que constituyen el campo de las inmunidades parlamentarias y que son disposiciones de orden público, se completan con las llamadas incompatibilidades parlamentarias, cuyo régimen está basado en la Constitución y el Reglamento de las Cámaras, y tiene también por finalidad garantizar y asegurar la independencia de la función, manteniendo a los representantes alejados de ciertas actividades públicas o privadas, cuyo ejercicio pudiese significar un menoscabo en su independencia, por ende, una disminución de la función política que llenan en el régimen representativo de gobierno como representantes elegidos por el pueblo y a quienes pertenece el ejercicio efectivo de la soberanía.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicará trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerá artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. Se recibirá artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
3. La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
4. La Revista solo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idioma extranjero podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
5. Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
6. Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre del autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un archivo digital de formato Word for Windows y, de no ser posible, en hojas bond.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y se le remitirán separatas electrónicas.
10. El autor cuya colaboración haya sido publicada se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino 3 meses después de aparecida en su versión original.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)