

NUEVAS TENDENCIAS

DERECHO CONSTITUCIONAL

Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Sergio J. Cuarezma Terán
Rafael Luciano Pichardo
Directores



NUEVAS TENDENCIAS

DERECHO CONSTITUCIONAL

Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Sergio J. Cuarezma Terán
Rafael Luciano Pichardo
Directores



Directores:

Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo

Coordinación:

Alexander Fleming y Francisco Enríquez

Cuido de edición:

Sergio J. Cuarezma Terán

Diseño y Diagramación:

Allan Zapata Corea

ISBN: 978-99924-21-21-5

Todos los derechos reservados conforme a la Ley.

© INEJ, 2011

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

DIRECTORES

Sergio J. Cuarezma Terán

Rafael Luciano Pichardo

AUTORES

Jesús González Pérez

Néstor Pedro Sagüés

Diego Valadés

Sergio J. Cuarezma Terán

Manuel Vidaurri Arechiga

Victor Bazán

Juan Hernández Bravo

Mario Houed Vega

Luis Reyna Alfaro

Paúl Rueda Leal

Jerónimo Mejía Edgard

Mauricio Herdocia Sacasa

Edwin Castro Rivera

Jottin Cury hijo

Luis López Guerra

Allan R. Brewer-Carías

José Luis Cea Egaña

Rafael Luciano Pichardo

Rigoberto González Montenegro

Omar A. García Palacios

Álvaro Andrés Motta Navas

Eduardo Jorge Prats

Aylin Ordóñez Reyna

Jesús Soriano Flores

Iván Escobar Fornos

José E. Hernández Machado

Silvio Antonio Grijalva Silva

Jorge Vicente Paladines

ÍNDICE

Presentación

Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores)	11
--	----

I. ASPECTOS SOBRE EL DERECHO PÚBLICO EN GENERAL

<i>Rasgos del Derecho Público Contemporáneo.</i> José Luis Cea Egaña.	17
--	----

<i>Las transformaciones del Derecho público europeo. Unas notas explicativas de las nuevas tendencias del Derecho público en España.</i> Juan Hernández Bravo.	41
---	----

II. DERECHO CONSTITUCIONAL.

<i>Algo sobre las nuevas tendencias del Derecho Constitucional: el Reconocimiento del Derecho a la Constitución y del Derecho a la Democracia.</i> Allan R. Brewer-Carías.	73
---	----

<i>La Corte Constitucional como legislador suplente y precario.</i> Néstor Pedro Sagüés.	95
---	----

<i>Algunas consideraciones sobre la Devaluación de la Ley.</i> Luis López Guerra.	107
--	-----

<i>Líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia argentina en torno a las interferencias entre la libertad de expresión y los derechos a la honra y a la vida privada</i> Víctor Bazán	127
<i>Por un Tribunal Constitucional.</i> Jottin Cury hijo	197
<i>La Constitución de la nación nicaragüense en un Estado Social de Derecho.</i> Sergio J. Cuarezma Terán.	207
<i>Evolución de la Organización Político Constitucional en Nicaragua (1975-2005).</i> Iván Escobar Fornos.	223
<i>Constitución Política y Derechos Humanos.</i> Álvaro Andrés Motta Navas.	313
<i>La dimensión constitucional de la eficacia en la actuación de la Administración Pública y en la garantía de los derechos de los ciudadanos.</i> Eduardo Jorge Prats.	321
<i>La Independencia del Juez en la Constitución Política de Nicaragua.</i> Mario Houed Vega.	333
<i>Algo sobre Jueces y Derechos Humanos: los vínculos inevitables.</i> Manuel Vidaurri Arechiga.	339
<i>Las garantías del debido proceso como límite al poder punitivo del Estado.</i> Silvio Antonio Grijalva Silva.	359
<i>La constitucionalidad en materia civil: Caso de República Dominicana.</i> José E. Hernández Machado.	377

El amparo en Guatemala.
Aylin Ordóñez Reyna. 395

*Derechos Humanos de los pueblos indígenas:
algunas consideraciones del tratamiento
constitucional en México.*
Jesús Soriano Flores. 433

*Elementos Conceptuales del Principio
del Interés Superior del Niño.*
Paúl Rueda Leal. 455

*Proceso penal y Constitución. Reflexiones
en torno a la trascendencia del principio de
Estado de Derecho en el Derecho procesal penal.*
Luis Reyna Alfaro. 471

III. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Constitucionalismo y Jurisdicción Constitucional.
Las Reformas Constitucionales en la República Dominicana.*
Rafael Luciano Pichardo.. . . . 493

El orden constitucional: reformas y rupturas.
Diego Valadés. 515

Las sombras de la jurisdicción constitucional.
Jesús González Pérez. 543

*Omisión Legislativa Nominativa
Del decisionismo político al control constitucional*
Jorge Vicente Paladines 561

*Las experiencias de Centroamérica, Panamá,
Belice y República Dominicana sobre
Procedimientos de Reforma Constitucional.*
Rafael Luciano Pichardo.. . . . 575

*El sistema mixto de control de
constitucionalidad en Nicaragua*
Omar A. García Palacios 589

*El Derecho de Acceso a la Información
y la Acción de Habeas Data en Panamá.*
Rigoberto González Montenegro. 629

*La necesidad de una Ley de Justicia Constitucional
en Nicaragua.*
Edwin Castro Rivera y Margine Calderón. 645

IV. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN

*Estatus de los Derechos Humanos en el
Derecho Interno Panameño luego de las
Reformas Constitucionales de 2004.*
Jerónimo Mejía Edgard. 663

*Los Principios de Derecho Internacional
contenidos en la Carta de la OEA, a la luz
de los trabajos del Comité Jurídico Interamericano.*
Mauricio Herdocia Sacasa. 693

PRESENTACIÓN

Entre el 18 y 21 de febrero del 2009, en Santo Domingo, República Dominicana, conversamos sobre la necesidad de iniciar un trabajo académico sobre la situación del Derecho Constitucional, las crisis (en muchos casos recurrentes) y los vientos de reformas que se extienden por la región, nos hacían ver, a lo menos en aquel momento y creemos sigue vigente, la necesidad de promover entre los colegas una abierta y franca discusión sobre los temas propios del derecho constitucional y de aquellos vinculados genética y funcionalmente en éste, haciendo el trabajo mayormente dinámico debido a que en el mismo, por aquella razón, participan no sólo constitucionalistas, sino civilistas, penalistas, procesalistas y expertos en derechos humanos. La idea se hizo saber a un prestigioso grupo de académicos de América y Europa y a lo largo de estos meses hasta la publicación de esta obra, ya más de dos años, hemos terminado con gran satisfacción el trabajo iniciado en cálidas tierras dominicanas.

La obra, *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho procesal constitucional*, se estructura en torno al eje del Derecho constitucional, pero va mucho más allá, se estructura en cuatro secciones que se extiende a otras ramas jurídicas relacionadas a él pero que cuentan con autonomía propia.

La primera dirigida a aspectos generales del Derecho público, los rasgos contemporáneos y las transformaciones en Europa. La segunda sobre el Derecho constitucional. En esta sección se analizan las nuevas tendencias del Derecho Constitucional, el reconocimiento del Derecho a la Constitución y del Derecho a la democracia, la Corte Constitucional como legislador suplente y precario, la crisis y la devaluación de la Ley, la libertad de expresión

y los derechos a la honra y a la vida privada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La necesidad de la constitución de un Tribunal Constitucional; el amparo, la naturaleza del modelo del Estado y su vínculo axiológico con las instituciones estatales, la Constitución política y los Derechos humanos, los derechos humanos en los pueblos indígenas, la eficacia en la actuación de la Administración Pública y en la garantía de los derechos de los ciudadanos, la constitucionalidad en materia civil la evolución de la Organización Político Constitucional en Nicaragua (1975-2005), la independencia, la relación de los jueces con los derechos humanos y el debido proceso, los elementos conceptuales del principio del interés superior del niño y el proceso penal y Constitución.

La tercera, sobre el Derecho procesal constitucional (denominado en América o “justicia constitucional, en Europa), desarrolla las reformas constitucionales que se han experimentado en República Dominicana, las reformas y rupturas del orden constitucional, las sombras de la jurisdicción constitucional; un trabajo comparativo sobre los procedimientos de reforma constitucional de Centroamérica, Panamá, Belice y República Dominicana; asimismo la naturaleza del control de constitucionalidad en Nicaragua, el Acceso a la Información y la acción de habeas data en Panamá y la necesidad de una Ley de Justicia Constitucional en Nicaragua.

La última sección, la cuarta, está destinada a dos trabajos relacionados con el proceso de integración de la región centroamericana y al sistema hemisférico de los derechos humanos, con los trabajos sobre el estatus de los Derechos humanos en el Derecho interno panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004 y los principios de Derecho internacional contenidos en la Carta de la OEA, a la luz de los trabajos del Comité Jurídico Interamericano.

Este trabajo se llevó a cabo en el marco del Programa de Gobernabilidad, Desarrollo y Estado Social de Derecho del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), cuyo objetivo

es el estudio, promoción e investigación del Estado de derecho, los derechos humanos y la democracia, en el marco de los principios y valores del INEJ, de la justicia, la libertad, el respeto a la dignidad de las personas, los derechos y los principios fundamentales que consagran nuestras Cartas Magnas.

No deseamos finalizar, sin antes, sinceramente agradecer al grupo de autores y colegas que han hecho posible esta obra, a los profesores y profesoras, Jesús González Pérez, Luis López Guerra, Néstor Pedro Sagüés, Allan R. Brewer-Carías, Diego Valadés, José Luis Cea Egaña, Manuel Vidaurri Arechiga, Rigoberto González Montenegro, Víctor Bazán, Jorge Vicente Paladines, Omar García Palacios, Juan Hernández Bravo, Álvaro Andrés Motta Navas, Mario Houed Vega, Eduardo Jorge Prats, Luis Reyna Alfaro, Aylin Ordóñez Reyna, Paúl Rueda Leal, Jesús Soriano Flores, Jerónimo Mejía, Edgar Iván Escobar Fornos, Mauricio Herdocia Sacasa, José E. Hernández Machado, Edwin Castro Rivera, Silvio Antonio Grijalva Silva y Jottin Cury hijo.

Sergio J. Cuarezma Terán
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)
Managua, a los 15 días de septiembre del 2011

Rafael Luciano Pichardo
Vice Presidente
Corte Suprema de Justicia de la República de Dominicana
Santo Domingo, a los 22 días del mes de septiembre del 2011

**I. ASPECTOS SOBRE
EL DERECHO PÚBLICO
EN GENERAL**

RASGOS DEL DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Rasgos del Antiguo Paradigma. III. Desarrollo del Derecho Público. IV. Derecho y Soberanía. V. Modernización del Estado. VI. Incidencia de la Democracia. VII. Supremacía y Justicia Constitucional. VIII. Derecho Nuevo. IX. Crisis y renovación de la Ley. X. Desafíos.

I. Introducción

Creo necesario plantear e intentar resolver dos preguntas fundamentales. Primeramente ¿dónde estamos en el Derecho en general y, en especial, en el Derecho Público? y, en segundo lugar ¿hacia dónde debemos avanzar en nuestras disciplinas?².

Permítaseme resumir algunos hechos que, junto con aclarar esas interrogantes, demuestran la complejidad del proceso que vivimos.

En agosto de 2005 fue publicada, tras dieciséis años de esfuerzos y cinco de debate, la reforma más importante de las

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Chile. Actualmente es Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, donde fue su Presidente. Doctor en Derecho por la Universidad de Wisconsin, Estados Unidos. Master en Derecho y Master en Ciencia Política por la Universidad de Chile. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

2 Véase Thomas Fleiner (editor): **Five Decades of Constitutionalism. Reality and Perspectives 1945-1995** (Fribourg Suisse, Institut du Federalisme, 1999). Pp. 315 ss.

23 enmiendas introducidas, hasta la fecha, a la Constitución de 1980. Tengamos presente también que, en 2003, entró a regir un conjunto de modificaciones legales destinadas a modernizar la Administración del Estado, infundirle transparencia y controlar la influencia del dinero en las elecciones políticas. Tampoco callemos que, después de ochenta y cuatro años, siguen siendo disposiciones constitucionales incumplidas tanto la que instituye un régimen jurisdiccional para el contencioso administrativo, como la que implanta la descentralización real y completa, no sólo administrativa³.

Tampoco olvidemos que, en los últimos años, Chile ha celebrado tratados de libre comercio con Estados Unidos, Japón, China y otras potencias, como asimismo, que una convención internacional, muy amplia, nos une con la Unión Europea. Sin embargo, señalemos con pesar que subsiste una guerra desencadenada sin la aprobación del Consejo de Seguridad de la ONU y que, con alarma, se repite la consigna de que es legítima la guerra preventiva para vencer al fanatismo fundamentalista. Con entusiasmo, en cambio, vemos que nuestras Fuerzas Armadas y Carabineros participan en operaciones de paz en varios países, sobremanera en Haití.

Por último, en noviembre de 2004, concluyó con brillo, la reunión de estadistas mundiales más importante celebrada en la historia de Chile, con acuerdos para fomentar el libre comercio, combatir el terrorismo y progresar en la globalización. Y recordemos igualmente el Protocolo de Kyoto para defendernos del efecto invernadero, vigente sólo desde octubre del mismo año, como asimismo, que ya rige la Convención de Roma contra los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.

3 Una excepción relevante es la reciente publicación en la Ley sobre Tribunales Tributarias y Aduaneras, con la cual se pone término a las anomalías jurídicas que caracterizaban el ejercicio de la jurisdicción en esos importantes ámbitos del Derecho contemporáneo.

II. Rasgos del Antiguo Paradigma

Pasemos ahora a bosquejar un panorama del Derecho Público de nuestra época⁴.

Rara vez se define su **objeto**⁵, con lo cual se incurre en una ambigüedad que no demora en demostrar consecuencias. Además, usualmente se lo alude sobre la base de doctrinas, elaboradas más de un siglo atrás, que registran la imagen del Estado como autor del Derecho, sólo positivo, pues no es más que manifestación de la soberanía de aquél⁶. Por último, la visión todavía dominante en las aulas y el foro chilenos se concentra en el Estado para describir su estructura y funciones, especialmente la constituyente, con sutiles referencias al control en el ejercicio de ellas y, en rango complementario, a la Parte Dogmática o de la dignidad de la persona y los derechos que fluyen de aquella.⁷

Al redactar las ideas que presento, sentí la convicción que es necesario revisar esa visión del Derecho Público, para constatar cuánto se ha transformado y en qué medida es coherente con la democracia constitucional de nuestra época. Igualmente imperativo se torna

4 Revisese la serie de monografías sobre el Derecho Público en Chile, publicada en la **Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso** N° 39 (1994). Consúltese también Enrique Barros Bourie: "Lo Público y lo Privado en el Derecho", **Revista de Estudios Públicos** N° 81 (2001) pp. 112 ss.

5 Léase del autor "Revisión de la Teoría Constitucional", III **Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile** N° 1-2 (1992) pp. 79 ss.

6 Mario Bernaschina González: I **Manual de Derecho Constitucional** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1951); Hernán Molina Guaita: **Instituciones Políticas** (Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 1993) pp. 145 ss.; Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García Barzelatto: I **Manual de Derecho Político**, 1979); Sergio Galaz Ulloa: **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas** (Concepción, Imprenta Universidad de Concepción, 1961); y Alejandro Silva Bascañán: **Derecho Político. Ensayo de una Síntesis** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980). Las ideas expuestas en la última obra citada se hallan ampliadas en I **Tratado de Derecho Constitucional** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1963), como asimismo actualizadas en I **Tratado de Derecho Constitucional** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997).

7 Consúltese, entre muchos autores susceptibles de ser citados, Georges Burdeaux: IV **Traité de Science Politique** (Paris, LGDJ, 1969) pp. 181 ss.; Raimond Carré de Malberg: (1948) **Teoría General del Estado** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998) pp. 1161 ss.; Maurice Duverger: **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional** (Barcelona, Ed. Ariel, 1980) pp. 26 ss.; y Nicolás Pérez Serrano: **Tratado de Derecho Político** (Madrid, Ed. Civitas, 1976) pp. 461 ss.

enriquecerlo con el examen de los numerosos temas que marcan su evolución en los últimos decenios. Finalmente, necesario es evaluarlo a la luz del humanismo, en lugar de hacerlo con referencia al Estado, que ha sido su concepto determinante hasta hoy⁸.

Para aclarar algo más el trabajo que sugiero, señalo los ejemplos siguientes: la idea de Constitución se ha transformado, dejando paulatinamente de ser sólo la manifestación de la potestad estatal suprema, para subordinarse al valor de la dignidad de la persona y de sus derechos esenciales. Asimismo, la forma de Estado no corresponde ya a las clasificaciones tradicionales, tornándose hoy más compleja por la introducción del fenómeno regional o de experiencias federales diferentes de las clásicas. Idéntica aseveración cabe hacer en punto a la forma de Gobierno, pues ahora existen neoparlamentarismos y regímenes semipresidenciales. En semejante orden de ideas subrayo que la ley, más aún los códigos, han perdido parte considerable de su importancia en los ordenamientos jurídicos, fenómeno que explica el declive de los Parlamentos. En seguida, la hermosa arquitectura diseñada para el ejercicio del Poder Constituyente hoy se ve alterada por la penetración de los principios, normas e instituciones supranacionales. En fin, el Derecho Público va cambiando de manera distinta a la visualizada tiempo atrás, siendo hoy decisivo detenerse en los jueces que aplican en sus sentencias una hermenéutica evolutiva, imaginativa y finalista; o en las mutaciones de los textos jurídicos por efecto

8 Didier Truchet en su **Droit Public** (Paris, PUF, 2003) afirma que el Derecho Público es el Derecho del Estado porque éste lo dicta y aplica, imponiéndolo a los ciudadanos (pp. 6, 7 y 9).

Tan categórica afirmación, centrada en el positivismo, se demuestra obsoleta desde un doble punto de vista. Primero, ante la transformación del Estado por la relativización de la soberanía dentro de él y en el ámbito internacional. Hoy, a raíz de la afortunada convergencia del constitucionalismo norteamericano con el europeo continental, tal transformación se halla fundada en la dignidad de la persona y en el humanismo que caracteriza a los derechos esenciales que emanan de aquella. Y segundo, a raíz de que se han difuminado los límites entre ambos hemisferios jurídicos, surgiendo la Sociedad Civil autónoma que demanda, en democracias efectivas, la capacidad de establecer su propio Derecho, por supuesto que respetando la Constitución y las leyes.

Por eso, una tesis como la de Truchet no puede ser conciliada con el nuevo eje o idea matriz del Derecho Público contemporáneo, es decir, con la persona como valor, principio y finalidad de la comunidad política, imperante en el Estado y más allá de él, abarcando a la Sociedad Civil, las colectividades territoriales autónomas y los organismos supraestatales.

de las costumbres; y, por supuesto, en la recuperación de la democracia mediante las transiciones constitucionales. Las fuentes del Derecho, en otras palabras, han cambiado en su orden jerárquico de aplicación y en los efectos en el ordenamiento jurídico.

III. Desarrollo del Derecho Público

En Chile y el mundo, el Derecho Público es el que más se ha desarrollado, y también transformado, en las últimas décadas⁹. Útil es detenerse a reflexionar sobre las causas de la expansión, enriquecimiento y cambio de nuestras disciplinas.

Sitúo en esa perspectiva, primeramente, la universalización de ciertos principios y técnicas que infunden fisonomía propia a la democracia, fundada y vivida con sujeción a los valores articulados en la Carta Fundamental. Generalmente como secuela de períodos, dolorosos y prolongados, en que parte de la población de la mayoría de los Estados Naciones experimentó la violación de derechos esenciales, ha crecido el nivel de conciencia colectiva en torno a la necesidad de precaver la repetición tan condenables sucesos. Para esto, hoy advertimos mayor consenso acerca de la necesidad de vigorizar las garantías tutelares de los derechos humanos, sobre todo las acciones judiciales, permitiendo así que las fórmulas democráticas sean más reales y menos declamativas¹⁰.

9 En el **Índice de Revistas Jurídicas Chilenas**, preparado por Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattas (Santiago, Andros Impresores, 2002), se halla un inventario de las publicaciones aparecidas en 18 revistas chilenas desde 1980 a 2000. La cifra final llega a 1.385 publicaciones. Comparada esta cifra con la correspondiente a todas las demás publicaciones jurídicas hechas en dichas revistas, puede concluirse que las últimas, en su conjunto, no llegan a la mitad de las monografías de Derecho Público. Algo parecido puede ser sostenido a propósito de los libros publicados en esas dos décadas. La diferencia se mantiene, en términos semejantes, hasta fines de 2004.

El crecimiento cuantitativo de las publicaciones en la disciplina, ha sido consecuencia de innovaciones institucionales, como el recurso de protección y la justicia constitucional, pero a la vez el resultado de un esfuerzo doctrinario notable, evidenciado en XXXIV Jornadas de Derecho Público, celebradas desde 1962. El VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, celebrado en Santiago de Chile desde el 11 al 17 de enero de 2004, es otra prueba de lo dicho. En él participaron quinientos expertos de sesenta y cinco países.

10 Luigi Ferrajoli: **Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil** (Madrid, Ed. Trotta, 1999) pp. 15 ss.; Alfredo Gallego Anabitarte: **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales** (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 30 ss.; Antonio Manuel Peña Freire: **La**

Por otra parte, avanzando en esa dirección ya es posible llegar a un régimen político en el que, el Estado-Gobierno, se sienta menos autojustificado para remediar los problemas de la gente, a raíz de estar, los grupos e individuos de la Sociedad Civil, capacitados por el Derecho para protegerlos por sí mismos. Efectivamente, una de las transformaciones capitales del Derecho Público yace en el despliegue de esa Sociedad, separada del Estado y autónoma, fuente de identidades y virtudes cívicas, de cooperación, estabilidad y legitimidad para la comunidad política¹¹. Una Sociedad Civil moderna y pluralista, como la chilena, requiere de instancias que le permitan manifestarse, sin intermediarios, en la solución de los asuntos que le atañen. En ella es menester educar e ir implementando la subsidiariedad, pero junto con la solidaridad¹². Reconocerlo es abrir las posibilidades de participación, correlativas a la retracción del Estado, todo con elevación del índice de gobernabilidad democrática y, por lo mismo, de acatamiento del orden jurídico¹³.

La tercera idea que deseo comentar se refiere a la internacionalización de los órganos y procedimientos, regulados en los tratados respectivos, tanto universales como regionales, establecidos para infundir eficacia a las declaraciones de los atributos públicos inalienables de la persona. Pues bien, esas declaraciones han penetrado el ordenamiento jurídico de los Estados Naciones, porque han sido percibidas como regímenes más modernos, completos y perfectos en la defensa de la persona humana. Secuela de esta conclusión ha sido la reforma de la

Garantía en el Estado Constitucional de Derecho (Madrid, Ed. Trotta, 1997) pp. 41 ss.; y Jan – Michael Simon: “Jurisdicción Universal. La Perspectiva del Derecho Internacional Público”, **Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano 2001** pp. 283 ss.

- 11 Norberto Bobbio: “Sociedad Civil”, en N. Bobbio et al: **II Diccionario de Política** (México DF., Ed. Siglo XXI, 1994) pp. 432 ss.; y Nancy L. Rosenblum y Robert C. Post (editores): **Civil Society and Government** (Princeton, Princeton University Press, 2002) pp. 3 ss.
- 12 Un exhaustivo análisis de este principio, en su perspectiva ética, se halla en Tony Mifsud S. J. I **Moral Fundamental. Libres para Amar** (Santiago, Ed. San Pablo, 2002) pp. 331 ss.
- 13 Diego Achard y Manuel Flores (editores): **La Gobernabilidad. Un Reportaje de América Latina** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997) pp. 23 ss.; y Yehezkel Dror: **La Capacidad de Gobernar** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996) pp. 35 ss.

legislación interna para dejarla consonante con lo asegurado en las convenciones internacionales correspondientes¹⁴.

Consiguientemente, en virtud de tal internacionalización se trazan vínculos relevantes entre el Derecho interno y el internacional, enriqueciéndose sobre la base del principio de complementación recíproca. Pero, además, en el Derecho Constitucional se experimenta un proceso nuevo, susceptible de ser denominado, indistintamente, **Constitucionalización del Derecho Internacional o Internacionalización del Derecho Constitucional**. He aquí el círculo virtuoso que existe entre ambas disciplinas¹⁵. A raíz de esa circularidad, en muchos países las Constituciones han tenido que ser modificadas para contemplar, con calidad permanente, la incorporación de los tratados al orden jurídico interno. Esta exigencia va siendo cumplida por la mayoría de los Estados, revelando así la voluntad de perfeccionar la tutela de los derechos esenciales mediante la adhesión a un nivel jurídico más perfecto¹⁶.

Por último, a la consolidación del nuevo Derecho Público ha contribuido la incorporación, a la Parte Dogmática de las Cartas Fundamentales, de una serie de derechos y sus garantías. Es el caso de los atributos públicos subjetivos agrupados en el Orden Público Económico; de los derechos personalísimos, elevados de los códigos al rango de derechos esenciales; en fin, de los derechos de la segunda y tercera generación vinculados al desarrollo de los

14 Antonio A. Cançado Trindade: **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001) pp. 377 ss.; y Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda: **II Instituciones Políticas y Teoría Constitucional** (Talca, Ed. Universidad de Talca, 2001) pp. 416 ss.

15 Giuseppe de Vergottini: **Las Transiciones Constitucionales. Desarrollo y Crisis del Constitucionalismo a Finales del Siglo XX** (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002) pp. 19 ss.

16 Louis Joseph Favoreu: "La Constitucionalización del Derecho", XII **Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile** (2001) pp. 31 ss.; Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux (editores): **La Constitutionalization des Branches du Droit** (Aix en Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1998) pp. 27 ss.; y Sergio Castellón Venegas y Laura Rebolledo Contreras: **Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil** (Santiago, Ed. Conosur, 1999). Cf., sin embargo, Alejandro Guzmán Brito: **El Derecho Privado Constitucional de Chile** (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001) pp. 27 ss.

pueblos, la custodia del ambiente y de los recursos naturales o a la preservación de la paz entre los Estados.

IV. Derecho y Soberanía

En los procesos que he descrito influyen acontecimientos que, en nuestra época, han alcanzado un nivel de claridad conceptual e incidencia concreta que resulta incomparable con el que tuvieron en tiempos pretéritos. Me refiero a la globalización de las relaciones internacionales y a la gobernabilidad de las colectividades políticas. Aunque estos fenómenos nunca dejaron de estar presentes en las comunidades soberanas -piénsese en los antiguos imperios- y marcaron el proceso de avance hacia la civilización de la cual gozamos, en nuestra época han adquirido magnitud y cualidades nunca antes observadas.

En punto a la globalización¹⁷, útil es observar que se ha vuelto indiscutible el imperativo de regular ese fenómeno más y mejor, convirtiéndolo en beneficio compartido y no en factor que agranda la brecha que separa a los países, clasificándolos a unos como más ricos y al resto en calidad de subdesarrollados o en lucha por salir de tal condición. De esa regulación es parte, como he dicho, la instauración de órganos jurisdiccionales de índole supra o internacional, competentes sólo cuando esté agotada la vía interna, dotados con potestad de imperio, y cuyas decisiones sean susceptibles de imponerse no sólo en el comercio, las finanzas y las comunicaciones, sino que también en el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales cuando se comprueba que han sido conculcados o transgredidos sin la sanción debida.

17 Ulrich Beck: **¿Qué es la Globalización?** (Buenos Aires, Ed. Paidós, 1997); Giovanni María Flick: "Globalización y Derechos Humanos", I **Revista de Derecho Público** N° 63 (2001) pp. 163 ss.; David Held y Anthony Mc Grew (editores): **The Global Transformation Reader. An Introduction to the Globalization Debate** (Cambridge, Polity Press, 2002); Germán J. Bidart Campos: "Algunas Reflexiones sobre la Globalización desde el Derecho Constitucional", **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999** pp. 13 ss.; y Allan Bullock y Stephen Trombly: **Modern Thought** (Londres, Harper Collins Pu., 2000) pp. 367 ss.

Consiguientemente, menester resulta visualizar la globalización más allá de su dimensión económica, tecnológica y de cooperación contra el delito, como ha ocurrido hasta hoy, descubriendo en ella la trama de conexiones que se hacen, cada día más evidentes, a propósito de la protección de la democracia por métodos legítimos. Actualmente, la urgencia se advierte ante la corrupción que aumenta; el terrorismo alimentado por el narcotráfico o los fanatismos; la alianza criminal de redes financieras internacionales; el descubrimiento de organizaciones de inteligencia que abusan de las sociedades abiertas y pluralistas en que se hallan cobijadas; la crisis de la representación y el encausamiento normativo de las demandas sociales de participación política; la relativización de valores matrices para regir la convivencia civilizada, cuya secuela es el desprecio de la familia, de la vida en gestación y durante su existencia, o la manipulación incontrolable del genoma, la clonación humana y otros hechos semejantes¹⁸.

V. Modernización del Estado

Parece prematuro, y creo que también equivocado, sostener que ya se vive el fin del Estado-Nación. Pero el proceso de globalización, patente tras la guerra fría, está determinando la pérdida paulatina de las características de la soberanía, inseparables del Estado-Gobierno y de la legalidad que surgió de ella. Del Estado-Nación, por ende, vamos transitando al Estado-Región; del Estado-Gobierno al Estado-Sociedad Civil; y del Estado Soberano al Estado sometido al Derecho, interna e internacionalmente¹⁹.

En el contexto de variables resumidas debe situarse la modernización del Estado. Se comprende que él, por lo ya escrito, debe ser examinado en una nueva perspectiva, alejada de nostalgias colectivistas y de individualismos románticos. En consecuencia,

18 Georgina Blakeley y Valerie Bryson: **Contemporary Political Concepts. A Critical Introduction** (Londres, Pluto Press, 2002).

19 Robert Blackburn (editor): **Después de la Caída. El Fracaso del Comunismo y el Futuro del Socialismo** (Barcelona, Ed. Crítica, 1993).

sostengo que si el problema no es planteado y resuelto, como debe ser, a partir de la Sociedad Civil y de los derechos y deberes de la persona humana, entonces se vuelve inevitable reconocer que aquella modernización no culminará en la renovación, sustancial y de procedimiento, que hoy los Pueblos reclaman para que el aparato público responda a sus ideales y demandas²⁰.

Pues bien ¿qué es modernizar el Estado?²¹ ¿cuáles deben ser los rasgos del Derecho Público para esa forma política en la postmodernidad?²². ¿qué lecciones podemos extraer de la crisis mundial de la economía, en especial de las entidades financieras, a raíz de la especulación desenfadada con materias primas, el aumento del crédito en términos artificiales y la bancarrota de grandes entidades dedicadas a los rubros habitacional, automotriz y bancario?

Comienzo declarando que modernizar el Estado es un imperativo, urgente e ineludible, en el mundo y en Chile. Son tantos y categóricos los motivos que justifican esa exigencia que resulta innecesario explicarlos aquí. Creo suficiente, por ende, manifestar que debemos infundir realidad al principio fundamental, según el cual el Estado se halla al servicio de la persona humana, siendo su finalidad contribuir a la realización del bien común con pleno respeto de los derechos y garantías que el Código Político asegura. Los ejes de la subsidiaridad estatal con la solidaridad social se erigen en decisivos. La descentralización política, normativa, judicial y administrativa coadyuva a la materialización de aquellos dos principios cardinales.

¿Qué hacer, sin embargo, para avanzar más concretamente en la consecución del objetivo aludido?

20 Klaus von Beyme: *Teoría Política del Siglo XX. De la Modernidad a la Postmodernidad* (Madrid, Alianza Universidad, 1994) pp. 31 ss.

21 Wolfgang Heyde: "La Jurisdicción", en Ernest Benda **et al.** : **Manual de Derecho Constitucional** (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996) pp. 787-788.

22 Bo Rothstein: "Political Institutions. An Overview", en Robert E. Goodin y Hans – Dieter Klingemann: **A New Handbook of Political Science** (Oxford, Oxford University Press, 1998) pp. 133 ss.

Puntualicemos, desde luego, que la agenda modernizadora del Estado es parte, importante pero sólo parcial, del proceso necesario para responder a esa pregunta.

Efectivamente, la modernización del Estado implica descargarlo de numerosos cometidos para que la persona, las agrupaciones y la Sociedad Civil o no Estado sean quienes los sirvan, incrementando así la integración de las naciones, la eficacia de las estructuras públicas y la profundización de la democracia. He aquí el proceso de devolución de competencias²³, desde el centro político a las zonas intermedia y periférica, configuradas por los grupos de aquella Sociedad.

Esa modernización supone, además, la supresión, reducción o simplificación de los procesos de adopción e implementación de políticas estatales, sin limitarse únicamente a los servicios que integran la Administración Pública.²⁴

Modernizar el Estado presume, en tercer lugar, levantar la vista y la mente más allá de las fronteras territoriales para evaluar el concepto de soberanía²⁵, articulado en los Pactos de Westfalia, el primero celebrado casi cuatrocientos años atrás. Hoy son la seguridad y el desarrollo humano los conceptos rectores, no más la razón de Estado, ni menos aún la seguridad nacional.

Modernizar el Estado es, finalmente, enfrentar la realidad ineludible de la globalización y concertar, con otros Estados, la construcción

23 S. H. Briley: *Cross on Principles of Local Government Law* (Londres, Sweet and Maxwell, 1977), pp. 01 ss.

24 Reinhard Friedmann: "La Gestión Pública en el Siglo XXI. Anticipando los Cambios que Vienen", *Revista Estudios Sociales* N°113 (2004) pp. 11 ss.

25 Bertrand de Jouvenel: *La Soberanía* (Madrid, Ed. Rialp, 1957) pp. 322 ss.; Herman Heller: *La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional* (México DF., UNAM, 1965) pp. 287 ss.; Hans Kelsen: (1942), *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996) pp. 177 ss.; Stephen Kresner: "Compromising Westfalia", en Held y Mc Grew (editores) *supra* nota 13 pp. 124 ss.; Rafael Navarro Valls y Rafael Palomino: *Estado y Religión* (Barcelona, Ed. Ariel, 2000) pp. 156 ss.; Gianluigi Palombella: *Constitución y Soberanía. El Sentido de la Democracia Constitucional* (Granada, Ed. Comares, 2000) pp. 33 ss.; y Barrow Schecter: *¿Sovereign States or Political Communities? Civil Society And Contemporary Politics* (Manchester, Manchester University Press, 2000) pp. 49 ss.

de un nuevo orden mundial, los programas que permitan integrar recursos para la paz con justicia, y el desarrollo compartido, v. gr., combatiendo sus causas en la miseria y el retraso, así como la delincuencia común, el narcotráfico y el terrorismo.²⁶ Y aquí respondo a las preguntas que formulé al iniciar este capítulo. Lo hago aseverando que la salida de la crisis económica, desencadenante de cesantía y pobreza, se halla en fortalecer la regulación estatal e internacional de los agentes económicos, pero no para devolver al Estado las actividades en bancarota, sino que a fin de incrementar la eficacia en el control que asegure el funcionamiento del mercado con sentido social.

VI. Incidencia de la Democracia

Enfocado así, en una visión amplia y de largo alcance, la modernización del Estado no puede ser identificada con reducir los cambios a la desburocratización en las decisiones administrativas. Por el contrario, esa agenda impone otorgar, máxima y constante atención, a cuanto implica la legitimidad sustantiva de la democracia constitucional contemporánea. Desde este nuevo punto de vista, manifiesto mi convicción en el sentido que modernizar el Estado conlleva instaurar los mecanismos jurídicos que permitan a la población controlar a los gobernantes, más y mejor, previendo o haciendo que sean sancionados el mal uso de los recursos fiscales, la corrupción, la indolencia en la satisfacción de las necesidades sociales y otras patologías que caracterizan al Estado-Gobierno, con rasgos alarmantes en América Latina.

Son enormes los obstáculos que enfrentamos en el avance hacia la meta descrita. Efectivamente, los intereses corporativos, nacionales e internacionales, resultan casi insuperables, obrando como grupos

26 En el **Informe sobre el Desarrollo de la Democracia en América Latina**, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se asevera que “Es la primera vez en el mundo que existe una región que es enteramente democrática, que es pobre y que es la más desigual del mundo.” Consúltese una síntesis de ese Informe en “**El Mercurio**” de Santiago (15 de noviembre de 2004).

de interés, en ocasiones con el carácter de grupos de tensión, llegando algunos a ser asociaciones de terror. Por otra parte, la hegemonía de los partidos sobre las instituciones estatales y la Sociedad Civil es evidente, quebrantando en su esencia el sentido del mandato representativo, el cual debe concentrarse en la realización del bien común. A mayor abundamiento, la falta de participación de la ciudadanía en los procesos de decisiones públicas se torna indiscutible, secuela de lo cual es la insuficiencia de control y la opacidad o sigilo con que se resuelven variadas cuestiones políticas, sociales y económicas que afectan a la población. ¿Cuándo será realidad, pregunto, la vigencia generalizada de las instituciones de la democracia semidirecta, llamada también **democracia gobernante o directiva**, para oponerla a la democracia gobernada o de subordinación de la ciudadanía a sus representantes?

La perdurabilidad del estado de cosas criticado genera o incrementa la brecha que separa a gobernantes de gobernados. De esta distancia, creciente y que aleja a unos de otros, resultan consecuencias graves para la democracia como objetivo y estilo de convivencia legítima²⁷. Pienso, v. gr., en la apatía de los ciudadanos, sobre todo la juventud, por los asuntos públicos; el rechazo de otros sectores sociales a las determinaciones de los gobernantes; el escepticismo de la opinión pública, en punto a la dedicación de aquellos a servir al bienestar colectivo; en fin, el abandono de las cuestiones de interés general en pequeños grupos, a menudo carentes de liderazgo o con otro improvisado, en búsqueda de protagonismo sin responsabilizarse después por los errores cometidos, o disimulándolos con la manipulación de los medios de comunicación²⁸.

27 Según el Informe con la encuesta que, el Instituto Gallup de EE. UU., realizó entre 50 mil personas de 60 países en agosto de 2004, "La mayor parte de la población mundial no está satisfecha con su dirigencia política y económica, de la que cree que actúa con poca honradez, tiene demasiado poder y reacciona ante la presión de la gente con una presión aún mayor." Una síntesis de dicho Informe fue publicado en "El Mercurio" de Santiago (19 de noviembre de 2004).

28 Véase, en general, Giovanni Sartori: **Hommo Videns. La Sociedad Teledirigida** (Madrid, Ed. Tecnos, 2000).

VII. Supremacía y Justicia Constitucional

Con el control de constitucionalidad de las leyes quedó superado, desde las primeras décadas del siglo XX, el planteamiento decimonónico, siempre fracasado en los hechos, según el cual los Parlamentos -no los jueces- eran los llamados a ejercer esa fiscalización. La historia demuestra que la política se subordina a los partidos y que, por el contrario, nada supera a la imparcialidad del control que ejerce una Magistratura independiente e imparcial²⁹.

Igualmente abatido resultó el dogma rousseauiano de la infalibilidad del legislador, derivado de ser el representante de la voluntad general. Penosamente demostrado quedó, en los más diversos países y culturas, que la norma legal fue convertida en instrumento de su autor, vulnerando la dignidad y los derechos inherentes a la naturaleza humana, sin castigo por ello. Lo que falta hoy sin embargo, es desprender las consecuencias de ese cambio de centralidad en el régimen jurídico, por ejemplo, para resolver los conflictos de acuerdo con la Constitución y después, sólo si es necesario, subsidiariamente con la ley³⁰.

Finalmente, a idéntico desenlace se llegó con la imagen que Montesquieu trazó de los jueces: eran nada más que fieles servidores de las leyes, cuya misión se restringía a modular sus mandatos sin crítica ni interpelación. Hoy, por el contrario, la mayor y más sólida esperanza de imperio del Derecho se halla en la labor de la Judicatura, creativa en las soluciones que deriva del Código Político, con apoyo, es cierto, en la legalidad³¹.

29 Jean Rivero: "A Modo de Síntesis", en Louis Joseph Favoreu (editor): **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales** (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) pp. 666-667; y Paula Vitorro: **Origen y Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad** (Buenos Aires, Gráfica Laf, 2002).

30 Louis Joseph Favoreu: **Los Tribunales Constitucionales** (Barcelona, Ed. Ariel, 1994) pp. 15 ss.; Dominique Rousseau: **La Justicia Constitucional en Europa** (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) pp. 7 ss.; y Juan José González Rivas: **Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional** (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001) pp. 13 ss.

31 Véase del autor **Perfil Axiológico, Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional** (Santiago, Ed. Tribunal Constitucional de Chile, 2003). Consúltese,

La Segunda Guerra Mundial y sus trágicas secuelas desencadenaron el cambio trascendental que he resumido.³² Ese impulso humanista, y escéptico no sólo del Estado sino que también de la premisa que lo asocia como autor único del Derecho, se materializó en las Constituciones de Italia, Alemania y Francia. Con el paso del tiempo, la reforma llegó a nuestra América y, en 1970, a Chile³³.

Puede ser sintetizado ese cambio radical explicando dos de sus rasgos capitales. El primero estriba en que, por virtud de tal cambio, se avanzó de una justicia constitucional únicamente orgánico-política, a otra más que nada humanista. De ser un órgano estatal destinado a solucionar conflictos institucionales, la Corte o Tribunal Constitucional se fue transformando en Magistratura defensiva tanto de las minorías como de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana. Y el segundo de aquellos rasgos consiste en que la Magistratura Constitucional, erigida en guardián supremo del espíritu y la letra del Código Político, sirve esa misión decisiva no sólo controlando la constitucionalidad de las leyes, sino que incluyendo en aquella revisión otras competencias relevantes, v. gr., los decretos supremos, los reglamentos parlamentarios y, en casos calificados, los fallos de los Tribunales Superiores. No debe temerse, por ende, a una especie de casación constitucional en defensa de los atributos públicos subjetivos esenciales³⁴.

además, Eduardo García de Enterría: "La Democracia y el Lugar de la Ley". **Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba** (2001) pp. 298 ss.

32 Capelletti, *supra* nota 26 pp. 626 ss.

33 Norbert Lösing: **La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica** (Madrid, Ed. Dykinson, 2002) pp. 35 ss.; Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (editores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica** (Madrid, Ed. Dykinson, 1997) pp. 45 ss. De la doctrina chilena, consultar Guillermo Piedrabuena Richard: **La Reforma Constitucional** (Santiago, Ed. Encina, 1970) pp. 114 ss.; y Alejandro Silva Bascuán: "El Tribunal Constitucional", en Eduardo Frei Montalva et al.: **Reforma Constitucional 1970** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970) pp. 199 ss. Con respecto al tópico en la Constitución de 1980, véase Kamel Cazor Aliste: **II La Sumisión a Derecho de los Actos y Disposiciones del Presidente de la República** (Santiago, Imp. Universidad Central de Chile, 2002) pp. 104 ss.; y Francisco Zúñiga Urbina: **II Elementos de Jurisdicción Constitucional** (Santiago, Imp. Universidad Central de Chile, 2002) pp. 11 ss.

34 Consúltese el artículo 93 N° 1, 4° de la Ley Fundamental de Alemania. Para una explicación de ese precepto revítese Helmut Simon: "La Jurisdicción Constitucional", en Ernest Benda et al., *supra* nota 17 pp. 834 ss.

Desde que el proceso de hondos cambios jurídicos que he resumido fue asentándose las Constituciones quedaron situadas, verdadera y no virtualmente, en su posición nueva, dominante y que ojalá no pierdan jamás. Son, como anhelaba Herman Heller, Constituciones que van adquiriendo la cualidad de vivas por ser vividas en su Parte Dogmática, con garantías y control judicial para el respeto, no sólo por el legislador, de sus principios y normas³⁵.

En resumen, este fenómeno universal grandioso³⁶ consiste en que hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución; del Instrumento de Gobierno a la Carta Fundamental humanista y axiológica. Por virtud de tal fenómeno nuestra civilización se eleva desde la legalización formal del ordenamiento jurídico a la constitucionalización sustantiva del Derecho; de la Carta Fundamental como enunciado programático de reglas escritas a la Constitución en cuanto expresión de valores positivizados, con la cualidad propia de la más importante fuente del Derecho. Dotada de fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador, ahora el Código Político compele al juez sumido en contiendas de Derecho privado a convertirse en otro, identificado con una Judicatura para resolver también litigios que involucran al Estado y decidirlos a favor de los ciudadanos. En fin, del fracaso del control partidista del Parlamento sobre la constitucionalidad de las leyes, hemos avanzado, llegando a la Judicatura Constitucional en el mundo democrático.

VIII. Derecho Nuevo

Llego así a la que, en mi visión, es la conquista más importante del Derecho Público contemporáneo. Me refiero a la protección judicial de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales frente a la ley, a los demás actos de los órganos estatales y, por supuesto, también de cara a los particulares entre sí, pues las estipulaciones

35 **Teoría del Estado** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968) pp. 272-274.

36 Capelletti, **supra** nota 26 pp. 603 y 612.

contractuales o las conductas individuales no pueden vulnerar los derechos inalienables y que se hallan a todos asegurados.

El fundamento de este cambio profundo, paradójicamente tan revolucionario en su contenido como pacífico en su curso, está en que la democracia y la Constitución no pueden sobrevivir donde esos atributos inalienables carecen de tutela eficaz³⁷.

Quien capta bien el proceso descrito y sus consecuencias, no exagera al reconocer en él rasgos de una alteración radical de la cultura jurídica. Esta sustitución de principios, criterios y objetivos se ha ido preparando lentamente y enfrenta todavía tanto dudas legítimas como vallas interesadas o añejas. Consiguientemente, imperativo es percatarse de las dificultades del proceso, educando para demostrar que ese cambio significa un progreso inmenso para el Derecho y la democracia, consistente en que si por siglos los derechos esenciales eran lo que la ley determinaba, aunque existiera ya una Constitución dotada de primacía, ahora la ley, el acto de autoridad y la conducta del particular es tal y vale sólo en la medida que regula o implementa el ejercicio de aquellos derechos, respetándolos en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental³⁸.

Y junto al Derecho nuevo se halla la jurisprudencia. Esta está siendo ahora renovada en sus objetivos, en sus cánones hermenéuticos, en la innovación y aplicaciones de la Carta Política como fuente suprema y directa de todo el ordenamiento jurídico y, por cierto, conciente que la metodología clásica de interpretación, subordinadora de la jurisprudencia a cuanto imaginó Montesquieu sobre la Judicatura, está obsoleta y va siendo reemplazada por magistrados resueltos a difundir primacía a la Constitución humanista.

37 Peter Häberle: "Normatividad y Reformabilidad de la Constitución desde la Perspectiva de las Ciencias de la Cultura", **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999** pp. 387 ss.

38 Otto Bachof: **Jueces y Constitución** (Madrid, Ed. Civitas, 1987) p. 41; Juan Colombo Campbell: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional", **Anuario de Derecho Constitucional 2002** pp. 172; y Patricio Zapata Larraín: **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General** (Santiago, Universidad Andrés Bello, 2002) pp. 69 ss.

IX. Crisis y renovación de la Ley

El Estado nació³⁹ como depositario único de la dominación humana en general y no sólo política⁴⁰; que ejerciendo ese poder o soberanía incontrarrestable asumió la capacidad, exclusiva y excluyente, de hacer y nunca recibir la ley, como lo quiso Jean Bodin⁴¹; que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes, antes del Estado y de la ley no se conocía la diferencia entre lo justo y lo injusto; en fin, que en el pacto social enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizara la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro, de ellos.

Despréndese varias consecuencias de tales premisas. Efectivamente, las primeras Constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que Instrumentos de Gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu⁴²; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecían de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos. El Derecho Público, se enseñaba, es un sistema exorbitante al Derecho común, porque al Estado le corresponde velar por el interés general, en nivel de desigualdad con los ciudadanos o administrados.

Pues bien, mientras el pacto social, la soberanía y la ley tuvieron forma y sustancia democráticas, el paradigma abrió el surco a

39 Consúltense *De Cive o El Ciudadano* (1642) (Madrid, Alianza Editorial, 1994) y (1650) *El Leviatán* (Madrid, Ed. Sarpe, 1999).

40 Véase, en general, Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

41 (1578) *Los Seis Libros de la República* (Madrid, Ed. Aguilar, 1963). Véase Jean-Jacques Chevallier: *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Aguilar, 1965) pp. 45 ss.; y Renaud Denoix de Saint Marc: *L'Etat* (Paris, PUF, 2004) pp. 13 ss.

42 (1748) *El Espíritu de las Leyes* (México DF., Ed. Porrúa, 1971).

progresos ostensibles en el gobierno racional de las comunidades políticas. Por desgracia, a raíz de múltiples hechos históricamente establecidos, ocurrió el vaciamiento de la democracia representativa y de la ley. Y llenando ese vacío se elevó la soberanía al punto de erigirse en concepto matriz del Estado, de la democracia y del sistema jurídico.

Desde entonces, sobrevinieron décadas o, al menos largos años, de dictaduras y totalitarismos, siempre vanamente apuntalados en la legalidad formal resultante de esa concepción legiferante y positivista del Estado y del Derecho. Todos eran, se ha dicho sin que pueda ser rebatido, Estados de Derecho desde tan reducido y pobre punto de vista. Las tragedias se multiplicaron, fueron resonantes por su oprobio, pero muchos callaron las causas y secuelas, ostensibles en el siglo XX, que en ellas tuvo la construcción sólo estatalista del ordenamiento normativo.

Por eso, pienso que no descubre, entiende ni asimila los signos de los tiempos jurídicos quien sigue anclado a la visión del Estado, de la soberanía y de la ley que he descrito. Gustavo Zagrebelsky, antiguo Presidente de la Corte Constitucional de Italia, ha acuñado la expresión **pulverización** para denominar la situación en que se halla tal cúmulo de supuestos, con los cuales se había convertido a la ley, y sobremanera a los códigos, en una construcción intocable, inobjetable, cuasi divina en su perfección.⁴³

X. Desafíos

Me acerco al fin de esta reflexión y lo hago reconociendo dos premisas.

La primera la resumo diciendo que los juristas somos formados en el concepto e importancia de las normas, su jerarquía en un sistema coherente, su interpretación y aplicación uniforme por los principios

43 Véase *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

generales y teniendo en mente la seguridad jurídica. La segunda de tales premisas la transcribo a continuación: los Estados nacieron para imponer la paz y llegaron a su apogeo, paradójicamente, haciendo la guerra o preparándose para precaverla.

Pues bien, los tiempos que atravesamos llevan a revisar la primera de tales premisas y a evaluar, más a fondo todavía, la segunda de ellas.

En efecto, vivimos un proceso fascinante de cambios jurídicos. Por su profundidad y velocidad, casi no lo percibimos, pero esos cambios son ya realidades, tanto en el ámbito interno de los Estados como en internacional.

He comentado ya algunas de tales transformaciones. Deseo ahora concentrarme en otras modificaciones, probablemente aún más desafiantes y que, por lo mismo, exigen el esfuerzo máximo de los juristas por comprenderlas y regularlas con acierto.

Desde luego, el Derecho Público ya no es el Derecho del Estado, o al menos sólo suyo⁴⁴. Efectivamente, existen dentro de las fronteras estatales órganos constitucionales independientes, dotados de competencia exclusiva y que establecen su propio Derecho, dentro de la Constitución y las leyes, por cierto. Fuente de Derecho son también, en el ámbito interno, las comunidades territoriales autónomas que viven en regiones, provincias y comunas. Me impresiona constatar que, en el Estado más fuerte y unificado de Europa, como es Francia, la reforma constitucional del 28 de marzo de 2003 haya implantado una descentralización real, con instituciones de democracia semidirecta y vías para la integración regional transfronteriza. Así se va cumpliendo la demanda por una Administración que, siendo más próxima a los ciudadanos, sea también más eficiente y controlada por ellos⁴⁵.

44 Cf. Truchet, *cit.*, pp. 6 y 7.

45 Denoix de Saint Marc, *cit.*, p. 94.

En el ámbito internacional, nuestra afirmación resulta aún más categórica, porque las empresas transnacionales, amparadas en convenciones mundiales, se sustraen al Derecho Público o Privado de uno de los diversos Estados en que tienen sedes, para elegir la legislación de otros Estados en que realizan negocios porque les resulta más conveniente o menos severa. En el mismo ámbito internacional, son numerosos los tratados que han ido erigiendo jurisdicciones mundiales, la última de las cuales, la Convención de Roma, rige desde 2002 para los países que la ratificaron.

Siempre en el Derecho Internacional, el Estado ha dejado de ser sujeto único, pues junto a él o por encima de lo que resta de su soberanía, se han consolidado los organismos internacionales y la persona humana. Esta, fuerza es destacarlo, puede ahora desafiar al Estado ante comisiones y jurisdicciones internacionales, cuando está agotada la vía interna para obtener justicia.

En realidad, el dualismo bipolar de Derecho Público y Derecho Privado va siendo superado, no sólo porque se comprende que las fuentes son las mismas, sino que a raíz de la interpenetración de ambos. Hoy, por ejemplo, la Administración estatal emplea procedimientos de Derecho privado para satisfacer necesidades públicas (la llamada “Huida del Derecho Público”)⁴⁶, y las empresas multinacionales obtienen la protección del Derecho Público para cautelar sus inversiones y actividades particulares⁴⁷. Pese a ello y en general, la unidad del sistema se mantiene, más que nada gracias al consenso en los valores y principios de la Constitución, y la interpretación acertada de ellos en el contencioso constitucional⁴⁸.

Creo que una de las transformaciones más interesantes se halla en la noción de servicio público y en la satisfacción de intereses

46 Sebastián Martín Retortillo: “Utilización por la Administración Pública del Derecho Privado”, en Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: **Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas** (Madrid, Fundación Ramón Areces, 1996) pp. 271 ss.

47 Pierre Pactet: **Les Institutions Françaises** (Paris, PUF, 2003) p. 38.

48 Truchet, *cit.*, p. 41.

generales o necesidades colectivas. Efectivamente, es un hecho indesmentible que, no sólo a través de concesiones o permisos y de la devolución de funciones, las entidades y grupos de la Sociedad Civil están satisfaciendo necesidades públicas⁴⁹. Asociaciones particulares asumen, en otras palabras, misiones de servicio al bien común como cotitulares de la satisfacción de intereses colectivos⁵⁰.

Los hechos se adelantan al Derecho. Esta realidad, históricamente demostrada, no puede ser vencida, pero sí al menos controlada para que la brecha no se vuelva un abismo. En esa línea sitió otra innovación notable del Derecho francés reciente, cual es la experimentación legislativa autorizada por la ya citada reforma constitucional de 2003⁵¹. Ciertamente así se abre un plazo de inseguridad jurídica, pero al cual lo sucede otro término, mucho más largo, de certeza legítima generada por un Derecho acertadamente formulado⁵².

En las transformaciones del Derecho Público, una requiere atención preferente. Trátase de regular la globalización para que sirva a todos los países involucrados, con cuotas de sacrificio compartidas y compromisos con el bienestar que exige el respeto de la dignidad humana. En este orden de ideas, la tarea concreta yace en hallar organizaciones y procedimientos que conviertan lo que es hoy una precaria gobernabilidad global en un gobierno de la globalización (**Global Governance** y **Global Government**, respectivamente.)⁵³.

Pues bien, hemos sido testigos de lo que es la gobernabilidad global en la cumbre celebrada en noviembre de 2004 en Santiago. Ese fue un foro de cooperación, centrado en la economía de veintinueve países, cuyo progreso se logró por consenso y nunca mediante acuerdos

49 Sabino Cassese: **La Crisis del Estado** (Buenos Aires, Ed. Abelardo Perrot, 2003).

50 Rolando Pantoja Bauzá: "Función Administrativa y Derecho Administrativo en el Derecho Chileno", **Revista de Derecho Público** N°66 (2004) pp. 291 ss.

51 Pactect, **cit.**, pp. 99-100; Denoix de Saint Marc, **cit.**, pp. 95-96.

52 Bertrand Mathieu: "Reflexions en Guise de Conclusions Sur le Principe de Securité Juridique", **Les Cahiers du Conseil Constitutionnel** N°11 (2001) pp. 100 ss.

53 Cassese, **cit.**, pp. 43-44.

mayoritarios, menos si se trataba de imponerlos. Los procedimientos fueron informales; la voluntad común estuvo fundada en la cooperación para llegar a decisiones unánimes. Nunca se planteó la representatividad de las instituciones estatales ni el refugio en la autodeterminación surgida de la soberanía. Tampoco se trató el tópico de la Constitución y las leyes, aunque todos concordaron en que para el desarrollo de los intercambios, se requiere reforzar la seguridad jurídica y la transparencia como antídoto de la corrupción. En definitiva, la ejecución de los consensos quedó confiada a la Administración Pública, pero ya hemos visto que ésta no podrá desenvolverse según los antiguos rituales, y discrecionalidad, menos aún si pretende imponerse con cualidad coactiva⁵⁴.

Cierto es que el núcleo duro del Derecho Público, representado por el Derecho Constitucional, el Penal y el Fiscal o Tributario, resisten todavía la transformación que he ilustrado, pero la corriente por el cambio es creciente, más que nada a raíz de la penetración del Derecho Internacional en los ordenamientos internos.

En tal panorama, de *res publica composita*, como la llamó Samuel Puffendorf trescientos cincuenta años atrás⁵⁵, el ámbito de los intereses comunes rebasa al Estado y al Derecho Público, sin que ello lo convierta en espacio regido por el Derecho Privado. Es un nuevo Derecho, combinación imperfecta pero efectiva, del orden binario tradicional todavía investigado y enseñado⁵⁶.

Situado en este punto de vista, como académico formado en los parámetros clásicos que resumí, experimento una sensación compleja. Diviso, con entusiasmo, la luz de un horizonte despejado, en que el Derecho Público y el Derecho Privado aparecen integrados

54 Véase Arturo Aylwin Azócar: "Evolución del Derecho Administrativo Chileno y del Régimen de Control de la Administración Pública", II **Revista de Derecho de la Universidad de Concepción** N°212 (2002) pp. 399 ss.; y Prosper Weil: **Derecho Administrativo** (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 113 ss.

55 Citado por Cassese, **cit.**, p. 93.

56 Andrés Ollero: "Derecho y Moral entre lo Público y lo Privado. Un Diálogo con el Liberalismo Político de John Rawls" **Revista de Estudios Públicos** N° 69 (1998) pp. 303 ss.

y no en términos de polos repelentes. Percibo, igualmente, la luminosidad que irradia el Derecho Público que va siendo armonizado con el Derecho Internacional, en términos que me llevan a dudar del dualismo como criterio para oponerlos más que distinguirlos. Pero reviso los postulados jurídicos fundamentales en que fui formado y no puedo callar que añoro la belleza del orden normativo de un sistema coherente, aunque dúctil o flexible en su implementación, sin escollos exegéticos ni formulismos.

En definitiva, experimento el desafío siguiente: sin olvidar ni rebajar la importancia de los principios generales del Derecho, llegar a ser capaz de adecuarlos a las transformaciones del Derecho Público que ya vivimos. Ahora, me resta sólo decir que acepto ese desafío⁵⁷ y que, como juez y profesor, seguiré empeñándome en impulsar la renovación de la jurisprudencia y de la doctrina que le sirve de inspiración.

57 En el tópico examinado en esta conferencia, el autor ha escrito, entre otras, las monografías siguientes: "Derecho Público, Sociedad y Estado", XVI **Revista Chilena de Derecho** N° 2 (1989) pp. 189 ss.; "Descubriendo el Futuro de Nuestra Sociedad Estatal", XX **Revista Chilena de Derecho** N° 2 – 3 V. I (2003) pp. 560 ss.; y "Flujo y Reflujo Público – Privado" N° 18 (1997) pp. 31 ss.

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO EUROPEO. UNAS NOTAS EXPLICATIVAS DE LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PÚBLICO EN ESPAÑA

JUAN HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA¹

Sumario. 1. Preliminar: las transformaciones del Derecho y del Estado: 1.1. La transformación del Derecho y el cambio social; 1.2. El Derecho público: liberalismo e intervencionismo estatal. 2. Una tendencia cambiante del Derecho público español: la justicia universal penal: 2.1. El principio de jurisdicción universal penal en España y Europa; 2.2. El principio de jurisdicción universal penal en las normas y tribunales penales internacionales. 3. España, ¿juez universal? Los límites a la jurisdicción universal penal en España. 4. Las causas abiertas en España en virtud de la jurisdicción universal penal: a) El general Augusto Pinochet; b) La República Popular China; c) Los EEUU; d) Conflicto diplomático con Israel; e) De Guatemala a Ruanda; f) El Sahara Occidental; g) México y Argentina; h) Los jesuitas de El Salvador; i) Irak; j) Los horrores del nazismo. 5. los derechos civiles y políticos de los inmigrantes ilegales: sucesivos cambios de tendencia en el Derecho público español. 6. conclusiones: el orden internacional y las transformaciones del derecho público contemporáneo.

¹ Catedrático de Ciencia Política y de Ciencia de la Administración y Director del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de La Laguna, Islas Canarias, España. Profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

1. Preliminar: las transformaciones del Derecho y del Estado

1.1. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL

A partir de la distinción clásica ente normas sociales y normas jurídicas, podemos establecer una primera relación fundamental entre la sociedad y el Derecho. Los humanos somos seres biosociales, vivimos naturalmente en sociedad, y eso significa que la situación novelesca de Robinson Crusoe o la muy real de Juan Fernández en la isla chilena siempre es vivida como una trágica amputación de nuestras posibilidades de realización en cuanto personas. Por ello, para ordenar y regular esta imprescindible convivencia humana, son necesarias las normas jurídicas, cuyo conjunto sistemático conocemos como Derecho en sentido objetivo. Las normas jurídicas, a diferencia de las normas sociales, se caracterizan por su generalidad y por su obligatoriedad y coactividad, es decir, son generales y coactivas porque obligan a la generalidad social -a todos- y su incumplimiento está sancionado jurídicamente -en vía civil o en vía penal- y no sólo socialmente, con el rechazo o la crítica.

Las normas jurídicas pueden provenir de las normas sociales, pueden ser una formalización de ellas por medio de la *consuetudo*, de la costumbre acreditada. Pero en las sociedades de nuestros días la inmensa mayoría de las normas jurídicas, y, desde luego, las cualitativamente relevantes, son una manifestación o emanación del poder político. En efecto; las relaciones humanas en el seno de cualquier sociedad son siempre relaciones de poder porque el poder está siempre presente en ellas; un poder entendido como capacidad de influenciar o determinar la conducta de los demás, sean individuos o grupos sociales, y que es siempre recíproca. Son los poderes sociales, a veces denominados *poderíos*, como pueden ser el económico, el militar o el religioso². Pues bien,

2 En lengua francesa, por ejemplo, es muy clara la distinción entre *pouvoir* y *puissance*.

el más importante de estos poderes, un tipo especial de poder que denominamos *poder político* o poder por antonomasia, se manifiesta en la emanación de estas normas jurídicas necesarias para ordenar y regular la convivencia social. Una ordenación y una regulación que incluyen la organización política de la sociedad, el Estado en su expresión moderna, que completa la triada relacional entre la sociedad, el Derecho y el Estado.

El poder político se distingue de los demás poderes en que es el único de ellos que afecta a toda la colectividad de manera ineludible y en que es coactivo. A diferencia de lo que ocurre con los poderes sociales, los individuos no pueden eludir el poder político, no pueden sustraerse a sus mandatos, que son las normas jurídicas, y pueden ser sancionados si no los cumplen. No en vano ya hemos adelantado que en el Derecho se manifiesta el poder político y que el Derecho emana de él.

Por su parte, en la clásica conceptualización weberiana, el Estado se caracteriza por reclamar con éxito el monopolio de la violencia legítima en un determinado territorio³. Lo cual, además, consigue que el poder legítimo constituido conforme a Derecho devenga en autoridad. Un poder político, una autoridad, que en las sociedades de nuestros días sólo pueden estar fundamentados en la voluntad general expresada en las urnas. En otras palabras, el poder político únicamente puede ser legítimo y devenir en autoridad en la medida en que sea democrático en cuanto a su origen. También debe ser democrático en cuanto a su ejercicio, lo que implica la protección de los ciudadanos y los grupos con las debidas garantías frente a la inmediatez coactiva de las normas jurídicas y, asimismo, la proporción en el uso de la fuerza. Estas debidas garantías incluyen la protección de los derechos de las minorías sociales y políticas frente a la mayoría, y la protección de los derechos de la oposición frente al Gobierno.

3 Max WEBER caracteriza así al Estado, al que considera la única fuente legítima del derecho a la violencia.

El diseño anterior nos lleva naturalmente a establecer la profunda imbricación que existe entre el cambio social y el Derecho, entre el cambio social y el cambio jurídico, que también es político. La sociedad cambia incesantemente a lo largo de la historia, cambian sin cesar los valores, las creencias y las ideas, por usar la conceptualización orteguiana⁴. Y, como consecuencia, cambia la conciencia social de lo que está bien y lo que está mal, cambian los *mores* sociales, los usos y costumbres, las relaciones entre los diversos grupos sociales y los individuos, y hasta el lenguaje, el habla y las modas. Eso significa que el Derecho cambia también incesantemente, que las normas jurídicas se transforman de continuo. Lo que quiere decir que la transformación del Derecho no es un fenómeno de nuestros días y ni siquiera de la Modernidad; es un hecho histórico recurrente.

La transformación del Derecho implica que no sólo cambian las normas, sino, ante todo y fundamentalmente, los sistemas jurídicos y los valores que los sustentan, que cambian mucho más lentamente. Basta comprobar, por ejemplo, en los países de tradición romanista como son la Europa continental y la América Latina, entre otros, como el viejo sistema del Derecho romano pervive en nuestras principales instituciones, aunque, a veces, sea difícil de descubrir porque aparece encubierto o enmascarado por siglos de lenta evolución. En este ámbito se establecen relaciones biunívocas entre los dos actores y ambos se influyen mutuamente. La evolución de la sociedad empuja al Derecho y éste, a su vez, se constituye en un factor de cambio social.

En algunas épocas, en algunos períodos históricos, los cambios se producen lentamente, y en otros suceden traumática y súbitamente. Son las revoluciones, las grandes y decisivas soluciones de continuidad en la vida de las sociedades. Y allí, en esos cambios, siempre está presente el cambio del Derecho, en ocasiones

4 Cfr. ORTEGA Y GASSET, José, *Ideas y creencias • Sobre la razón histórica* (Curso dado en Buenos Aires y publicado en 1979 junto a otro impartido en Lisboa sobre el mismo asunto) (1940).

consecuencia y en ocasiones -o siempre- incentivador de ese cambio social. De ahí el peligro de las operaciones de ingeniería social protagonizadas por el poder político, que utiliza para ello las normas jurídicas, el Derecho. Es en estas operaciones cuando hace su aparición el grave problema de los límites y requisitos del control social ejercido por el poder a través de Derecho. Un Derecho que se convierte en medio e instrumento de variadas formas de control social externo e interno, que el poder utiliza a través de algunos de sus elementos ya aludidos, como son la generalidad y la coactividad.

A partir de una situación intermedia, en la que se limita a constatar y registrar el cambio social, el Derecho, siempre en manos del poder político del Estado, según los diferentes sistemas políticos y jurídicos, puede ser un factor renuente al cambio, puede intentar impedirlo o ralentizarlo, o bien puede erigirse en protagonista, en promotor del mismo. Mutuas relaciones entre los cambios social, político y jurídico, y entre los sistemas políticos y jurídicos. Mutuas influencias que nos llevan a la cuestión de la autonomía del Derecho frente al cambio social, una autonomía que, en el mejor de los casos, no puede ser sino relativa⁵.

1.2. El Derecho público: liberalismo e intervencionismo estatal

Uno de los debates políticos actuales más importantes, teóricos y prácticos, se refiere a la cantidad -y la calidad- deseable de acción del Estado en el ámbito privado -civil, económico

5 Cfr. TOHARIA, José Juan, *Cambio social y vida jurídica en España*, EDICUSA. Madrid, 1974. Esta obra, que concibe al Derecho como producto de unas determinadas fuerzas sociales, supuso en su momento una interesante aportación a la Sociología jurídica y a la investigación de las relaciones entre cambio social y Derecho, temas hasta entonces, y aún ahora, de no muy abundante tratamiento en la doctrina española. Vid. también SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997; y AYUSO TORRES, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado?: las transformaciones del Derecho público en la era de la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2005. La obra clásica sigue siendo *Las transformaciones del Derecho público y privado*, de León DUGUIT, de la que Comares ha publicado en 2007 una reedición.

y cultural-. Los totalitarismos resolvieron la cuestión con la absoluta prevalencia estatal. Y en eso coincidieron -coinciden- los totalitarismos de derechas y los de izquierdas. Como proclamaba el totalitarismo italiano: «Todo en el Estado; nada fuera del Estado; nada en contra del Estado». En los regímenes totalitarios la esfera de autonomía individual queda reducida al mínimo, aunque los totalitarismos no marxistas permiten la propiedad privada de algunos medios de producción y los marxistas no. Y en el campo de los totalitarismos de derechas, hace tiempo que el profesor LINZ planteó la diferencia entre el totalitarismo y el autoritarismo en base precisamente a la cantidad y la calidad de la intervención del Estado. Mientras un Estado totalitario no deja nada al arbitrio de lo individual, salvo justamente cierta -o mucha- propiedad privada, al Estado autoritario sólo le preocupa controlar las manifestaciones públicas de la esfera privada, por lo que permite una porción muy amplia de autonomía individual siempre que no colisione con el poder político. El lema totalitario advierte: «Quien no está conmigo, está contra mí», mientras el autoritario se contenta con afirmar que: «Quien no está contra mí, está conmigo».

El Estado de Derecho nace históricamente como Estado liberal. Y ese primer liberalismo propugna un Estado mínimo, que únicamente interviene para asegurar la defensa exterior y el orden público interior, es decir, las condiciones que posibilitan el acceso al mercado en hipotéticas condiciones de igualdad. Sin embargo, muy pronto se hizo patente que la igualdad formal -teórica- en el acceso al mercado no garantiza la igualdad material -real-, y que, por el contrario, se producen situaciones de desigualdad e injusticia que el Estado ha de corregir. El primer liberalismo evoluciona rápidamente hacia un liberalismo social -representado por autores como STUART MILLS-; el Estado aumenta progresivamente su ámbito de actuación, y termina por desembocar en el Estado social y del bienestar de nuestros días: una transformación del Estado liberal que, sin renunciar a sus

principios constitutivos, interviene cada vez más en el mercado y la sociedad para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. Ya no se trata, como antes, sólo de asegurar su libertad y su igualdad en el acceso al mercado a través de la defensa exterior y el mantenimiento del orden público. Desde la fraternidad, hay que garantizarles también su existir -su *Dasein*- mediante una serie de políticas sociales que establecen una seguridad social de sanidad pública y pensiones de jubilación, una educación pública y todo lo demás. Por eso podemos calificar al Estado social como un Estado intervencionista y garantista. Es fácil constatar que todas las democracias contemporáneas -que son democracias liberales- responden a este esquema. Y, paralelamente, que todos los viejos partidos socialistas de esas democracias más pronto o más tarde han renunciado al marxismo y aceptado el liberalismo y sus consecuencias.

En el proceso descrito fue decisiva la irrupción de los análisis económicos de Lord KEYNES, sobre todo en relación con la crisis económica de 1929, tan parecida -y tan diferente- a la actual. Ya no se debate si el Estado (un Estado que es empresario, productor y cliente) puede -y debe- intervenir en el mercado y en la sociedad, sino el grado y la intensidad de esa intervención, y el tamaño y la composición del sector público. El problema consiste en determinar hasta donde puede -y debe- el Estado incrementar la presión fiscal sobre los contribuyentes para financiar sus políticas sociales. Es la denominada crisis fiscal del Estado social, que, pese a ella y a todos sus achaques, resiste el paso de los años, y, en sus líneas maestras, goza de buena salud -o de una mala salud de hierro- y sigue garantizando las condiciones básicas en las que transcurre el existir de sus ciudadanos. No es necesario añadir que la crisis financiera y económica de nuestros días ha puesto de dramática actualidad estas consideraciones.

2. Una tendencia cambiante del Derecho Público Español: la Justicia Universal Penal

2.1. El principio de jurisdicción universal penal en España y Europa

El marco normativo del principio de jurisdicción universal penal se ha materializado en el ordenamiento jurídico español a través del artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. La redacción del párrafo 4 quedó fijada por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. En esa norma se establece la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los delitos de genocidio y terrorismo cometidos en el extranjero, aunque lo sean por personas extranjeras y sin víctimas españolas⁶.

6 **Artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:** 1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte. 2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncie o interponga querrela ante los tribunales españoles; c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda. 3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) Falsificación de moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; e i) Los relativos al control de cambios. 4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros

El principio de jurisdicción universal penal ha encontrado su aplicación efectiva en los tribunales españoles y de diferentes Estados europeos. Así, por ejemplo, como veremos luego con detalle (Vid. *infra* 4), la aplicación de dicho principio en España ha dado lugar a la persecución, mediante procesos judiciales incoados por magistrados de la Audiencia Nacional, de presuntos crímenes de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en diversos países de América Latina, tales como El Salvador, Guatemala, y Chile (caso general Augusto Pinochet). En Alemania, Francia e Italia, y también en España, se han perseguido crímenes semejantes cometidos durante el período de la dictadura militar en Argentina⁷.

Otros ejemplos de aplicación efectiva de este principio, tal y como se menciona en el voto particular (Fundamento Jurídico número 10) de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de febrero de 2003 (STS 327/2003), son los siguientes:

a) La sentencia de 11 de julio de 1996 del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (caso Bosnia vs. República Federal de Yugoslavia) reconoció expresamente el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal en materia de genocidio.

b) La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania de 12 de diciembre de 2000 afirma que el genocidio es, como violación más grave de los derechos humanos, el caso clásico para la aplicación del principio de universalidad, que tiene

fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; e i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España. 5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c del apartado 2 de este artículo.

7 Sobre el principio de jurisdicción universal penal, Vid. en la prensa española: «Frente a la impunidad» (*La Vanguardia*, 03-11-2002); «Injusta objeción al TPI» (*La Vanguardia*, 27-06-2002); «Soberanismo e impunidad» (*El Mundo*, 19-11-1999); «Inmunidad 'versus' jurisdicción universal» (*El País*, 02-11-1998); y «Contribución española frente a la impunidad» (*El País*, 05-02-1998).

como función posibilitar la persecución, sin lagunas de impunidad, de los crímenes contra los bienes jurídicos más importantes de la Comunidad internacional.

c) La sentencia del Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) de Bélgica de 12 de febrero de 2003, citada en la Resolución mayoritaria del caso Sharon y otros, ratifica el ejercicio de la jurisdicción universal sobre delitos de genocidio, conforme a lo establecido en la Ley belga de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que establece una regulación similar a la prevenida en el citado artículo 23.4 de la Ley Orgánica española del Poder Judicial. Califica el genocidio como un crimen de Derecho Internacional, y afirma la competencia de los tribunales belgas para el enjuiciamiento de dichos crímenes «cualquiera que sea el lugar donde se hubieran cometido», resaltando que su persecución penal «no exige la presencia del inculpado en territorio belga».

d) La sentencia del Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) francés en el caso Klaus Barbie estableció que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles y pueden ser objeto de un procedimiento judicial en Francia cualquiera que haya sido la fecha o el lugar de comisión. Esta incriminación pertenece a un orden represivo internacional, al que Francia se ha adherido y al que la noción de frontera le resulta ajena, afirma la sentencia.

e) La sentencia del Tribunal de apelación de la Cámara de los Lores, del Reino Unido, dictada el 24 de marzo de 1999 en el caso Pinochet, recuerda que el Derecho Internacional estipula que los crímenes de «ius cogens»⁸, entre ellos el genocidio, pueden ser penados por cualquier Estado, porque los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución.

8 Es decir, normas jurídicas imperativas y no meramente dispositivas. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son las normas jurídicas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Por último, la jurisprudencia española al respecto más importante es la siguiente:

a) Tribunal Constitucional:

-Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 237/2005), de 26 de septiembre de 2005, por la que, en virtud del principio de jurisdicción universal penal, se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidas en Guatemala. El Tribunal afirma que para la aplicación de este título jurisdiccional es innecesario, según el Derecho Internacional, cualquier punto de conexión, como sería la presencia física de sus responsables en España o que las víctimas sean españolas.

b) Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo (STS 1362/2004), de 15 de noviembre de 2004, por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina.
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS 319/2004), de 8 de marzo de 2004, por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Chile.
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS 327/2003), de 25 de febrero de 2003, por la que, en atención a las circunstancias del caso, se niega la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala. (Sentencia anulada por la STC 237/2005, que confirma la competencia de la jurisdicción española).

c) Audiencia Nacional:

- Auto de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998, por el que se declara la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Chile.
- Auto de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998, por el que se declara la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina.

2.2. El principio de jurisdicción universal penal en las normas y tribunales penales internacionales

Este principio ha fundamentado normas y tratados internacionales de la mayor importancia, tales como, por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (9 de diciembre de 1948); la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (26 de noviembre de 1968) y los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (3 de diciembre de 1973).

Otra manifestación práctica del principio de jurisdicción universal penal aplicado a las más graves violaciones de derechos humanos la encontramos en la constitución de Tribunales Penales Internacionales: Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998)⁹; Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

9 La Corte Penal Internacional sólo puede enjuiciar hechos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002 y que afecten a Estados que hayan ratificado su Estatuto.

3. España, ¿Juez Universal? Los límites a la Jurisdicción Universal Penal en España

Como estaba previsto, el Pleno del Congreso de los Diputados español, en su sesión del jueves 25 de junio de 2009, aprobó por mayoría absoluta el proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, Ley en la que se incluyó, entre otras cuestiones, una importante limitación de las competencias de España en la persecución de delitos internacionales¹⁰. Esta limitación fue propuesta por el Partido Popular (PP) y enmendada por el Partido Socialista (PSOE), y fue aprobada por 339 votos a favor [PP, PSOE, PNV, Convergència i Unió (CiU), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) y Unión, Progreso y Democracia (UPyD)] y sólo 8 en contra, entre ellos los dos diputados de Izquierda Unida (IU-ICV). Se abstuvieron los tres diputados que suman el Bloque Nacionalista Galego (BNG) y Nafarroa Bai. Se cumplió así la exigencia de la mayoría absoluta, requerida por el carácter orgánico de la Ley¹¹.

Las condiciones o límites impuestos por el Congreso al principio de la jurisdicción universal penal, es decir, las restricciones a

10 Durante el debate, el diputado del Partido Nacionalista Vasco (PNV) Emilio OLABARRÍA definió a esta Ley como «la Ley de defensa de intereses difusos», ya que, a su entender, «menos una Oficina Judicial eficiente, se regula de todo».

11 Desde el PP, la diputada Dolors MONTSERRAT justificó este acuerdo explicando que «la evolución seguida por los tribunales y principalmente por la Audiencia Nacional requería una importante reflexión para adaptar el precepto de la jurisdicción universal al principio de subsidiariedad y a la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, y homologarlo con los países del entorno». En esa línea, se refirió a «los conflictos diplomáticos que generaban algunas sentencias inaplicables».

«En ningún caso se trata de que los crímenes queden impunes, sino de homologar nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno», defendió también el diputado socialista Julio VILLARRUBIA, quien añadió que «se han incluido crímenes que antes no estaban expresamente incluidos, como los crímenes de guerra y lesa humanidad». Explicó que España podrá seguir persiguiendo estos delitos siempre que no se haya iniciado otro proceso en una Corte internacional, en el país de origen del investigado o en el Estado afectado por las actividades investigadas.

Por parte de Esquerra Republicana de Catalunya, Joan RIDAO manifestó su «apoyo global» a la reforma en términos generales, aunque no ocultó sus «reservas» en lo que afecta a la jurisdicción universal. «Este punto había sido una conquista propia de una sociedad avanzada, y eso debería haber continuado siendo así», lamentó.

la potestad de los tribunales españoles para investigar un delito cometido fuera de España, se concretan en que la Justicia española sólo podrá perseguir casos de genocidio y lesa humanidad «cuando existan víctimas de nacionalidad española, se contraste algún vínculo de conexión relevante con España o los presuntos responsables se encuentren en territorio español». Además, la resolución especifica que cualquier «proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente» en el momento en que haya constancia de que existen procedimientos abiertos por los mismos hechos, o sea, que están siendo juzgados «en el país donde se cometieron los hechos delictivos o en el seno de un tribunal internacional». La resolución en sí misma no hace efectiva la medida, sino que por ella el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a trasladar la voluntad política aprobada a la legislación, promoviendo «con urgencia» la reforma del citado artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con esta reforma legislativa el Gobierno español se garantiza una mayor tranquilidad diplomática. España era uno de los pocos Estados que había asumido y aplicado con todas sus consecuencias el principio de jurisdicción universal penal. Las constantes actuaciones de los magistrados de la Audiencia Nacional en ese terreno habían abierto un debate muy intenso sobre la conveniencia de que España investigue presuntos ilícitos penales ajenos a su territorio y a sus nacionales¹². Porque este modelo de jurisdicción extendida sin puntos de conexión es un modelo muy polémico, que, con sus actuaciones a distancia y sus sentencias inaplicables, ha adolecido demasiadas veces de carencia de efectividad, de falta de garantías de una persecución efectiva, más allá de los simples resultados demostrativos o mediáticos.

Varios aspectos fundamentales no detallados en la resolución aprobada han de ser concretados en la futura reforma legal. Por

12 El propio Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Dívar, había pedido que se reformara la Ley para limitar estos procesos: «No podemos convertirnos en los gendarmes del mundo», subrayó.

ejemplo, cómo se traducirá el principio de subsidiariedad, común en muchas legislaciones y por el cual un tribunal sobresee una causa si es investigada por el Estado en donde se cometió el delito. Este principio puede ser -y ha sido- usado por países de escasa acreditación en derechos humanos, tales como Sudán, para iniciar sus propias investigaciones sin garantías y pretender con ello que se sobreseen las de cualquier órgano que actúe bajo el principio de jurisdicción universal. Con el objeto de evitarlo, tribunales como la Corte Penal Internacional exigen que, para aplicar la subsidiariedad, la investigación o proceso abierto ha de ofrecer garantías objetivas de persecución probable.

Otra cuestión es la retroactividad. La resolución aprobada no es retroactiva y, por tanto, no afecta a los procesos ya en curso. Pero si la futura reforma legal incluyera cambios procesales, la ley española dispone que ha de aplicarse el proceso más favorable al reo, y ello sí afectaría a las causas ahora abiertas.

4. Las causas abiertas en España en virtud de la Jurisdicción Universal Penal

En la actualidad, y aparte de otras causas que no fueron admitidas, la Audiencia Nacional española mantiene abiertas 14 causas penales diferentes en virtud del principio de jurisdicción penal universal del citado artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata de 14 investigaciones pendientes, que van desde el asesinato de seis jesuitas en El Salvador en 1989 hasta el proceso iniciado recientemente por el magistrado juez de la Audiencia Nacional Baltasar GARZÓN contra los responsables de la cárcel de Guantánamo, pasando por la investigación de presuntos delitos de genocidio en Guatemala o el Tíbet y presuntos crímenes de guerra en la Franja de Gaza¹³.

13 Una defensa apasionada del principio de justicia universal penal en OLLÉ SESÉ, Manuel, *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008. La obra contiene una información muy completa del estado de la cuestión doctrinal, jurisprudencial, legal y bibliográfica, tanto española como extranjera, en sus múltiples aspectos, así como

a) El general Augusto PINOCHET

En octubre de 1998, el magistrado juez de la Audiencia Nacional Baltasar GARZÓN ordenó el arresto en Londres del general y ex Presidente de Chile Augusto PINOCHET, y solicitó al Reino Unido una orden de extradición contra él para juzgarle en España por presuntos delitos cometidos durante su Gobierno. Finalmente, la orden no fue cursada debido a los problemas de salud del ex Presidente. Este intento de juzgar al general chileno marcó un punto de inflexión en la justicia española e incentivó la incoación de otros procesos similares por parte de magistrados de la Audiencia Nacional.

b) La República Popular China

Hay abiertas tres causas contra las autoridades chinas. En la primera causa, también referida al Tíbet, el magistrado juez de la Audiencia Nacional Santiago PEDRAZ investiga los presuntos actos de genocidio llevados a cabo por el ex Presidente Jiang ZEMIN y siete altos cargos de su Gobierno durante la represión de los disturbios que se produjeron en el Tíbet y, en particular, en su capital Lhasa en marzo de 2008, cuatro meses antes de la celebración de los Juegos Olímpicos de Pekín. El juez pretendió interrogar a estos siete responsables políticos y militares chinos -tres de ellos ministros- por su presunta implicación en dicha represión.

El Gobierno chino se negó a asistir jurídicamente a la Audiencia Nacional y exigió al Ejecutivo español que «asuma sus responsabilidades» y haga «cesar definitivamente, cuanto antes la investigación iniciada». Las autoridades chinas contestaron de este modo a la comisión rogatoria remitida por el magistrado juez español, en la que solicitaba que se le permitiera interrogar como imputados a estas siete personas por la presunta comisión de «un crimen contra la humanidad y, en concreto, un delito de lesa

una referencia exhaustiva a los procedimientos seguidos en España en aplicación del principio.

humanidad» por su presunta participación en muertes, lesiones graves, desapariciones forzadas, detenciones, privaciones de libertad y torturas. Esta comisión rogatoria fue cursada para que los imputados manifestaran su deseo de prestar declaración en la Audiencia Nacional o ante un tribunal de su país, en cuyo caso una comisión judicial española, encabezada por el propio magistrado, se desplazaría a China para realizar los interrogatorios.

«La parte china deniega con firmeza cualquier solicitud de asistencia judicial relacionada con este caso», señaló el Ejecutivo chino en su respuesta, y añadió que «exige que el Gobierno español asuma las responsabilidades de Derecho Internacional que le correspondan y adopte medidas inmediatas y eficaces para prevenir cualquier abuso del Tratado de Asistencia sobre materia penal, haciendo cesar definitivamente, cuanto antes, el supuesto caso». En opinión del Gobierno chino, la tramitación de esa «falsa querrela» ha violado «los principios básicos de jurisdicción e inmunidad de Estado que el Derecho Internacional establece, y no pertenece a la cobertura del Tratado sobre Asistencia Judicial en materia penal entre ambos países».

El magistrado juez de la Audiencia Nacional Ismael MORENO tiene abierta una segunda causa contra las autoridades de la República Popular China por supuestas matanzas ocurridas en las décadas de los 80 y los 90 del siglo pasado.

La tercera causa se abrió también por el magistrado juez Ismael MORENO tras una querrela presentada por algunos miembros del movimiento espiritual Falun Gong, declarado ilegal en China, en contra del dirigente del Partido Comunista Jia QINGLIN, acusándolo de genocidio por la muerte de seguidores del movimiento.

c) Los EEUU

Estados Unidos tiene tres causas abiertas por la Audiencia Nacional. La primera la lleva el magistrado juez Ismael MORENO por los

vuelos de la CIA sobre territorio español. Otros dos magistrados jueces de la Audiencia, Baltasar GARZÓN y Eloy VELASCO, han incoado sendas causas relacionadas con el centro de detención norteamericano de Guantánamo, ubicado en Cuba. En la primera, GARZÓN investiga a los responsables de los presuntos delitos de torturas cometidos allí a raíz de las denuncias de cuatro prisioneros que declararon ante él después de ser liberados. Mientras tanto, su compañero debe decidir aún si admite o no a trámite una querrela contra seis presuntos «responsables jurídicos» de la creación del centro de detención.

En su auto, el magistrado juez GARZÓN detalla que busca a «los ejecutores materiales o intelectuales, las personas que tuvieron bajo su guarda y custodia a los detenidos y las que autorizaron o practicaron» las presuntas torturas cometidas sobre cuatro ex presos de Guantánamo. En este caso se ha especulado con que el juez podría apuntar más alto y llegar a imputar al ex secretario de Defensa Donald RUMSFELD y a su consejera de Seguridad y más tarde Secretaria de Estado Condoleezza RICE.

d) Conflicto diplomático con Israel

Ni siquiera un país tan sensible como Israel ha quedado indemne ante esta masiva aplicación española del principio de justicia universal penal. Y a consecuencia de ello se ha llegado a generar un grave enfrentamiento diplomático entre los dos países.

El magistrado juez de la Audiencia Nacional Fernando ANDREU investiga un ataque aéreo israelí sobre un barrio de la Franja de Gaza ocurrido el 22 de julio de 2002, por el que ha abierto un proceso. El bombardeo iba dirigido contra un líder de Hamás, pero, además, causó la muerte de 14 civiles -la mayoría bebés y niños- y 150 heridos. La causa se incoa contra siete altos cargos israelíes, responsables militares, y el ex ministro de Defensa Benjamin BEN-ELIEZER. Además, el juez Ismael MORENO debe decidir si instruye una querrela de la Asociación Intercultura

contra las autoridades israelíes por la ofensiva en la Franja de Gaza de enero de 2009.

En febrero de 2009, a la vista de esta invasión israelí de la Franja de Gaza y los supuestos excesos cometidos por el Ejército hebreo, el juez Fernando ANDREU decidió continuar adelante con la causa.

La tensión entre los dos Estados llegó a tal punto que el entonces Primer Ministro israelí, Ehud OLMERT, y su Ministra de Asuntos Exteriores, Tzipi LIVNI, presentaron una airada protesta diplomática ante el Gobierno español por permitir estas actuaciones judiciales. Incluso llegaron a sugerir al Ejecutivo que modificase la legislación. El Gobierno español se avino a esa sugerencia, y en el mes de enero pasado -2009- el ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación español, Miguel Ángel MORATINOS, trasladó a su entonces homóloga israelí, Tzipi LIVNI, la intención del Gobierno español de modificar la Ley y limitar las competencias de la Justicia española en lo relativo a la jurisdicción universal penal, tal y como ahora ha hecho.

e) De Guatemala a Ruanda

A raíz de la querrela interpuesta en 1999 por la Premio Nobel de la Paz Rigoberta MENCHÚ, según un informe de Amnistía Internacional, el magistrado juez de la Audiencia Nacional Santiago PEDRAZ investiga a varios generales y ex altos cargos guatemaltecos, entre los que se encuentran Efraín RÍOS MONTT y Carlos MEJÍA VÍCTORES, por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos contra la población indígena maya entre 1978 y 1986. En la causa se investiga también el asalto a la Embajada de España en 1980 y los asesinatos de sacerdotes españoles.

La querrela se presentó ante la justicia española en 1999, pero el 27 de abril de 2000 la Audiencia Nacional declaró la incompetencia

de los tribunales españoles, decisión que fue suscrita por el Tribunal Supremo en 2003. No obstante, el Tribunal Constitucional restableció en 2005 la competencia de la Audiencia Nacional en virtud de la aplicación del principio de jurisdicción universal penal (Vid. *supra* 2.1), y solicitó la extradición de varios acusados. Guatemala no ha aceptado el requerimiento, aunque el caso sigue abierto. El juez PEDRAZ comenzó a tomar declaración en febrero de 2008 a varios testigos de los sucesos.

Otra causa abierta recientemente por la Audiencia Nacional en aplicación del principio de jurisdicción universal penal es la que se dirige contra 40 militares o funcionarios ruandeses del Frente Patriótico Ruandés, a los que acusa de presuntos delitos de genocidio y de terrorismo. El proceso, iniciado por el magistrado juez Fernando ANDREU, pretende esclarecer la implicación de esas personas en la muerte de cuatro millones de ciudadanos en los años noventa y en el asesinato de nueve religiosos y cooperantes españoles -seis misioneros y tres civiles- en Ruanda y la República Democrática de Congo entre 1994 y 2000.

f) El Sahara Occidental

Otro de los procesos abiertos por la Audiencia Nacional en aplicación del principio de jurisdicción universal penal se refiere al Sahara Occidental. En septiembre de 2006 se presentó una querrela contra varios políticos y militares marroquíes responsables de mantener el orden en esa zona. La querrela fue admitida a trámite en septiembre de 2007 y las diligencias siguen su curso. En concreto, el magistrado juez Baltasar GARZÓN investiga a 31 militares marroquíes por la desaparición de más de medio millar de saharauis desde que España se retiró del territorio en febrero de 1976. Anteriormente, en diciembre de 1998, ya se quiso imputar al Rey Hassan II por supuestos crímenes contra la humanidad, pero en aquel momento la querrela no fue admitida debido a la condición de Jefe del Estado del rey alauita y su consiguiente inmunidad.

g) México y Argentina

Agentes mexicanos reprimieron en 2006 la revuelta en la que habían degenerado las protestas de los habitantes de Atenco tras la expulsión de tres vendedoras de flores ambulantes. Murió un niño de 14 años de un tiro en la cabeza. En los disturbios se vieron involucradas dos chicas españolas que viajaban con la delegación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Ambas denunciaron supuestas violaciones llevadas a cabo por agentes de Policía. Un año después se presentó una querrela por tortura en forma de violación sexual, que fue inadmitida el año pasado. Hay un recurso de apelación todavía en trámite.

El ex militar argentino Ricardo CAVALLO fue extraditado en junio de 2003 a España por México, y pasó cinco años en la cárcel de Alcalá-Meco (Madrid). A su vez, España extraditó a CAVALLO a Argentina en marzo de 2008, y allí se enfrenta a un juicio por presuntos delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar (1976-1983).

h) Los jesuitas de El Salvador

El magistrado juez de la Audiencia Nacional Eloy VELASCO admitió a trámite el pasado mes de enero de 2009 la querrela por asesinatos terroristas y contra el Derecho de gentes presentada por la Asociación Pro Derechos Humanos de España contra catorce miembros del Ejército salvadoreño presuntamente implicados en el asesinato, el 16 de noviembre de 1989, de cinco jesuitas españoles y otro salvadoreño y de dos mujeres, su ama de llaves y la hija de ésta, de 16 años, en la Universidad Centroamericana (UCA) en San Salvador. El Ejército salvadoreño se encontraba entonces en plena ofensiva contra el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional, y ha culpado a este grupo de la masacre.

i) Irak

El magistrado juez de la Audiencia Nacional Santiago PEDRAZ mantiene abierta una causa por la muerte del cámara de la cadena privada de televisión española Telecinco José COUSO en Bagdad el 8 de abril de 2003, y el pasado 21 de mayo volvió a dictar el procesamiento -que había sido revocado por la Sala de lo Penal de la Audiencia - de tres militares norteamericanos como responsables de los hechos. En el momento de redactar el presente trabajo, mes de julio de 2009, la Sala ha revocado definitivamente el procesamiento.

j) Los horrores del nazismo

La última de las causas abiertas por la justicia española en aplicación del principio de jurisdicción universal penal se centra en las víctimas españolas de los campos de concentración nazis. En estos momentos permanecen dos procesos abiertos, que, en su caso, se unirían en una causa conjunta. En primer lugar, el juez Ismael MORENO admitió a trámite la querrela presentada por varios supervivientes españoles del Holocausto contra tres guardias de las SS en los campos de concentración de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg, que ahora residen en Estados Unidos -Johann LEPRICH, Anton TITTJUNG y Josias KUMPF-, y contra Iwan o John DEMJANJUK, entregado a Alemania el pasado mes de mayo de 2009. A esta causa habría que añadir una denuncia por una supuesta «inhibición» de España ante los crímenes nazis.

5. Los Derechos Civiles y Políticos de los inmigrantes ilegales: sucesivos cambios de tendencia en el Derecho Público Español

El Gobierno español, en su reunión celebrada el viernes día 26 de junio de 2009, dio su aprobación a un Proyecto de nueva Ley de Extranjería, cuya denominación formal es Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y

Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social¹⁴. El Proyecto será enviado al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria y eventual aprobación, con presumibles enmiendas.

El acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de Proyecto de reforma de la conocida como Ley de Extranjería supone la cuarta reforma de esta legislación en sólo ocho años. El Reglamento de la Ley ha sido objeto también de numerosas modificaciones a lo largo de estos años. La Ley Orgánica 4/2000 entró en vigor el 1 de febrero de 2000, pero fue modificada por primera vez un mes más tarde, cuando el Partido Popular ganó las elecciones generales de marzo de 2000 y promovió una reforma que recortaba los derechos de los inmigrantes indocumentados. En aquella ocasión se reguló la posibilidad de expulsar a los inmigrantes ilegales, así como la anulación de sus derechos de reunión, asociación, manifestación, sindicación y huelga. Esta primera reforma fue aprobada en diciembre del mismo año.

Posteriormente, el Gobierno del Presidente José María AZNAR promovió una segunda modificación de la Ley relativa a la respuesta penal frente a los extranjeros residentes ilegalmente en España que cometieran delitos, y que, entre otras medidas, contemplaba la conmutación de penas de prisión de hasta seis años por la expulsión. Esta modificación, aprobada finalmente en el mes de septiembre de 2003, fue paralela en el tiempo a una nueva reforma de la Ley obligada por la anulación por parte del Tribunal Supremo de gran parte del articulado de su Reglamento, así como por la necesidad de introducir varias directivas de la Unión Europea y el deseo del Gobierno de endurecer las condiciones de entrada en el país. Esta

14 Es evidente que en unos quince o veinte años, desde la última década del pasado siglo, España ha pasado, de modo relativamente inesperado, de ser un país de emigrantes a convertirse en una sociedad de inmigración. Según el organismo español Observatorio Permanente de la Inmigración, el número total de inmigrantes con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de marzo de 2009 era de 4.495.349. De ahí que proliferen en la actualidad española una gran cantidad de trabajos y debates al respecto en el ámbito de las más variadas disciplinas.

reforma entró en vigor en diciembre de 2003 y modificó 20 de los 70 artículos de la Ley. Introdujo la obligación de las compañías de transporte de facilitar los datos de los pasajeros que viajaran a España, así como de informar sobre los billetes de vuelta que no hubieran sido utilizados por los usuarios. La nueva normativa, además, confería al visado la consideración de permiso de trabajo o residencia y contemplaba limitaciones a la reagrupación familiar de los inmigrantes.

Tras la victoria electoral del Partido Socialista (PSOE) en marzo de 2004, el Gobierno del Presidente RODRÍGUEZ ZAPATERO aprobó por Real Decreto el Reglamento de la Ley en el sentido de prever la regularización de los inmigrantes sin permiso de residencia que llevaran seis meses empadronados en España y contaran con un contrato de, al menos, seis meses. Por su parte, el Tribunal Constitucional anuló en 2007 tres artículos que condicionaban el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y asociación de los inmigrantes ilegales, entre otros.

El actual Proyecto de reforma incorpora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y traspone las directivas europeas. Tiene en cuenta también las aportaciones de organismos españoles concernidos tales como el Consejo Económico y Social, la Conferencia Sectorial de Inmigración, la Comisión Interministerial de Extranjería y el Foro de Integración Social de los Inmigrantes.

El Proyecto de nueva reforma de la Ley de Extranjería presenta los siguientes aspectos destacables:

1. Persigue la promoción de la inmigración ilegal, es decir, castiga a quien la incita y apoya, pero no a quien acoge, porque reconoce y admite el «acogimiento o acogida humanitaria».

2. Endurece la agrupación familiar. El sistema de agrupación familiar se reforma, aplazando la de los ascendientes hasta que tengan 65 años, con excepción del reagrupamiento por razones

humanitarias o «casos humanitarios», para evitar situaciones de ruptura familiar. Por ejemplo, que el padre tenga 65 años y la madre menos. También posibilita la reagrupación de las parejas de hecho.

3. Amplía el plazo máximo de retención en Centros de internamiento de los inmigrantes ilegales de 40 a 60 días, pero aumenta las garantías del procedimiento y garantiza el apoyo de las ONG, para lograr un «equilibrio». Además, se acotan las posibilidades de suspensión del plazo de internamiento a los supuestos de solicitud de asilo o *habeas corpus* por un tiempo tasado, y se establecen los plazos máximos de suspensión.

4. Mejora las garantías en los procedimientos de expulsión, introduciendo el principio de proporcionalidad para graduar las propuestas de sanción. Además, las órdenes de expulsión podrán conceder un plazo entre 7 y 30 días para que el inmigrante ilegal abandone voluntariamente España, y se impondrán plazos de prohibición de entrada futura de un máximo de 5 años.

5. En cuanto a los procesos de repatriación de menores de edad no acompañados, el texto prevé la celebración de una audiencia del menor; es decir, por la llamada «repatriación tutelada», los menores de edad podrán ser escuchados antes de ser repatriados. Los mayores de 16 años podrán intervenir directamente en sus procesos.

6. Asimismo, el proyecto contempla mejoras en la lucha contra la inmigración ilegal que persiguen profundizar en los instrumentos preventivos, aumentar la eficacia de los procedimientos de repatriación y reforzar las garantías en las distintas situaciones. Así, por ejemplo, está prevista la creación de un registro de entradas y salidas de los extranjeros para mejorar el control preventivo de las estancias ilegales.

El Gobierno español ha enviado al Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley en busca de votos de consenso: asegura que

mantiene un espíritu de diálogo sobre la nueva reforma y que ha trabajado recogiendo sugerencias de todos los sectores y organismos implicados. La Vicepresidenta primera del Gobierno, María Teresa FERNÁNDEZ DE LA VEGA, en la conferencia de prensa posterior a la reunión del Consejo de Ministros, tras destacar ciertos aspectos del Proyecto, expresó su confianza en que «todos los grupos políticos busquen, desde la responsabilidad, el consenso que necesita esta Ley» y aseguró que el Ejecutivo, por su parte, mantiene «el espíritu de diálogo» con que se ha abordado la reforma. Con esta reforma, añadió, el Gobierno confía en lograr una inmigración «legal, ordenada, integrada, con derechos y obligaciones de ciudadanos», para lo que ha «apostado por el consenso, el rigor y la eficacia». También apuntó que con este nuevo texto, que definió como un texto «equilibrado y garantista», se pretende «pasar de una Ley de Extranjería a una de Inmigración». Finalmente, la Vicepresidenta FERNÁNDEZ DE LA VEGA destacó que el Proyecto de Ley «perfecciona el sistema de flujos migratorios en función del mercado de trabajo», aumenta la lucha contra la inmigración ilegal y favorece la integración de los inmigrantes mediante iniciativas educativas.

6. Conclusiones: el Orden Internacional y las Transformaciones del Derecho Público Contemporáneo

A modo de ejemplo de las transformaciones que está experimentando el Derecho público europeo, en las anteriores notas explicativas de las nuevas tendencias del Derecho público en España nos hemos centrado en dos ejemplos relevantes y de la máxima actualidad jurídica y política: la revisión limitativa de la normativa española sobre el principio de jurisdicción universal penal y el enfoque legislativo del fenómeno de la inmigración ilegal, de creciente e intensa incidencia en el Estado español. En definitiva, se trata de dos manifestaciones relevantes de un cambio jurídico que está afectando al mundo europeo y, en general, a todo el mundo occidental como probable consecuencia de intensos procesos de globalización a los cuales las sociedades actuales no pueden sustraerse. Basta con atender a cuestiones tales como el

terrorismo y la piratería internacionales, Internet, los movimientos migratorios, las ONG, el radicalismo antisistema internacional, la globalización informativa y otras.

Algunos autores han señalado que, más allá del clásico Derecho Internacional público, estamos ante una irrupción del Derecho supranacional (Unión Europea) y hasta del llamado Derecho transnacional, en la esfera del comercio internacional y otras. Se ha indicado, asimismo, el peligro de que el nuevo Derecho de la globalización derive hacia un Derecho no democrático, en la medida en que la democracia opera precisamente en el ámbito de los Estados, y la soberanía estatal hace tiempo que sufre lo que parece ser un irreversible proceso de relativización. Sin embargo, en las notas anteriores hemos comprobado el auge de un fenómeno de signo radicalmente opuesto. Porque si los jueces españoles actúan -o han actuado- en la escena penal internacional es precisamente en virtud de normas internas españolas -ahora revisadas-, de las cuales se derivaban, incluso, la imprescriptibilidad de determinados delitos contra la Humanidad y el Derecho de gentes, y hasta la invalidez de posibles leyes estatales de amnistía. Y los inmigrantes que ingresan al territorio español al margen de su ordenamiento jurídico han de someterse a dicho ordenamiento, hasta el punto de que pueden llegar a ser expulsados o repatriados y ver prohibido su nuevo ingreso en España por un tiempo determinado.

La globalización convive con una creciente juridificación de nuestras sociedades, por lo que minusvalorar el papel del Derecho implica poner en cuestión los valores en que se asientan esas sociedades. Los elementos jurídicos integran junto al resto de los elementos sociales una unidad compleja, dentro de la cual tiene lugar una interacción constante. Así, el Derecho ha contribuido a la globalización, pero, al mismo tiempo, la globalización está haciendo cambiar los sistemas jurídicos y políticos, y la propia concepción del Derecho¹⁵.

15 Cfr. ATIENZA, Manuel, «Constitucionalismo, globalización y Derecho».

Finalmente, hemos de constatar que desde los inicios del constitucionalismo y el Estado constitucional, y, en general, durante los siglos XIX y XX el concepto de ciudadanía ha venido asociado al de nacionalidad, como se refleja con precisión no sólo en las Constituciones y otros instrumentos normativos de ese período, sino también en las declaraciones internacionales (por ejemplo, en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948). Sin embargo, desde finales del siglo pasado se ha producido un movimiento muy firme de apertura hacia la disociación entre nacionalidad y ciudadanía, entendida la primera como el vínculo de naturaleza jurídico-política que une a un individuo con un Estado, y concebida la segunda en cuanto capacidad legal de participación en la gestión de los asuntos públicos. En definitiva, es indudable que el fenómeno de la mundialización está erosionando a todos los niveles los que tradicionalmente se han considerado los tres elementos constitutivos del Estado, es decir, el territorio, el pueblo y el poder soberano¹⁶.

El análisis en profundidad de la evolución histórica de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, hasta llegar a las concepciones teóricas predominantes en la actualidad, nos muestra que este progresivo debilitamiento de la identificación estricta de la ciudadanía con la nacionalidad es un producto de las intensas migraciones internacionales de las últimas décadas junto a la paulatina consolidación de sociedades multiculturales y hasta multiétnicas. Resulta claro, pues, que el concepto jurídico-político de ciudadanía vinculada a la nacionalidad, propio de la modernidad, se manifiesta insuficiente para responder a las necesidades que plantean las sociedades cada vez más plurales y complejas en las que vivimos, las sociedades de la postmodernidad. Es en esta postmodernidad en donde parecen residir las claves problemáticas que presiden las transformaciones actuales del Derecho público.

16 Cfr. SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, «De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias», en FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y GARCÍA CANO, Sandra, *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba (España), 2005, pág. 26.

Universidad de La Laguna, Islas Canarias, España, julio de 2009.

SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA NO CITADA

1. AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.

2. AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del Derecho público en la era de la globalización*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

3. CAPELLA, Juan Ramón, «La globalización: ante una encrucijada político-jurídica», en *Law and Justice in a Global Society*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 2005.

4. CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

5. FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y GARCÍA CANO, Sandra, *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba (España), 2005.

6. FERRAJOLI, Luigi, «La crisis de la democracia en la era de la globalización», en *Law and Justice in a Global Society*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 2005.

7. FERRARESE, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

8. FERRARESE, Maria Rosaria, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Ed. Laterza, Bari-Roma, 2006.

10. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional S. L, Madrid, 2004.

11. LÓPEZ SALA, Ana, *Inmigración y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Madrid, 2005.

12. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, «Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», en FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y GARCÍA CANO, Sandra, *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba (España), 2005.

13. *Principios básicos comunes para las políticas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea*, aprobados por el Consejo de la Unión Europea y los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros el 19 de noviembre de 2004.

14. STEGER, Manfred B., *Globalization: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2003.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL

ALGO SOBRE LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO A LA DEMOCRACIA¹.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS²

Si algo caracteriza el derecho constitucional contemporáneo, ha sido la progresiva ampliación del contenido de las declaraciones de derechos fundamentales, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, de manera que en las Constituciones y en los Tratados internacionales, además de los clásicos derechos civiles y políticos se han venido enumerando, los derechos sociales, culturales, económicos, ambientales y de los pueblos indígenas, todos con posibilidad de ser justiciables.

Durante los últimos sesenta años, por tanto, la más marcada tendencia el derecho constitucional fue el desarrollo de los mecanismos de protección de los derechos humanos, por una parte, con el proceso de internacionalización del régimen de los mismos, que comenzó después de la segunda guerra mundial y que en nuestro

1 Este artículo se ha publicado en la *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

2 Profesor de la Universidad Central de Venezuela; Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Javeriana; Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007). Profesor del área de Derecho Constitucional y Ciencia Política del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Continente americano culminó con la Convención Americana de Derechos Humanos; y por la otra, el proceso subsiguiente de constitucionalización de dicha internacionalización con lo cual, incluso, las provisiones de los tratados internacionales llegaron en algunos casos a prevalecer sobre las notas de las propias Constituciones³.

En el Siglo XXI, también en relación con los derechos fundamentales, puede decirse que igualmente se han venido delineando nuevas tendencias del derecho constitucional signadas por la progresión en materia de derechos humanos, con marcada tendencia hacia la identificación de derechos vinculados con los más esenciales principios clásicos del constitucionalismo, como son la idea misma de Constitución como norma suprema y el régimen político democrático que tiende a consolidarse a pesar de que no hayan dejado de aparecer regímenes autoritarios constituidos, precisamente, en fraude a la Constitución y a la democracia.

Ha sido precisamente el afianzamiento progresivo del Estado Constitucional y Democrático de derecho durante las últimas décadas del Siglo XX, el que ha permitido que en estos comienzos del Siglo XXI se comiencen a identificar otros derechos constitucionales específicos que derivan de su propia concepción, como son precisamente, el derecho a la Constitución como norma suprema, y el derecho a la democracia como régimen político.

Ambos se refieren a principios fundamentales del constitucionalismo moderno, los cuales generalmente se analizan en sí mismos sin destacar su relación íntima y esencial con los ciudadanos. Sólo en forma indirecta la Constitución y la democracia se vinculan al ciudadano, por ejemplo, cuando se habla, por una parte, de las garantías constitucionales o del derecho ciudadano a la tutela

3 Véase sobre esto, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, pp. 61 ss.

judicial efectiva, y por la otra, del derecho ciudadano al sufragio, a la participación política o a asociarse en partidos políticos.

Sin embargo, además de esos derechos constitucionales individualizados que sin duda tienen que ver, los primeros con la Constitución, y los segundos, con el régimen democrático, los mismos han venido evolucionando de manera que hoy podamos hablar, además de los derechos constitucionales específicos antes mencionados, de que hay un derecho ciudadano a la Constitución, y además, de que también hay un derecho ciudadano a la democracia. Es a esta tendencia a la cual quiero referirme en estas notas, como aspectos precisamente de las nuevas tendencias del derecho constitucionales estos principios del Siglo XXI.

En primer lugar, *el derecho a la Constitución*, considerada esta como ley suprema que en el marco del constitucionalismo moderno, necesariamente tiene que ser adoptada por el pueblo, es decir, debe ser manifestación de la voluntad popular y no un documento otorgado por algún monarca o autócrata, tal como se derivó de la Revolución Norteamericana de 1776 y de la Revolución Francesa de 1789⁴.

Sin embargo, para que esa Constitución sea efectivamente la ley suprema de una sociedad en un momento dado de su historia, es indispensable que sea realmente el ser producto de esa misma sociedad, globalmente considerada, como resultado de la manifestación de la voluntad popular, sin imposiciones externas ni internas. Las Constituciones impuestas por una fuerza invasora o por un grupo político al resto de los integrantes de la sociedad, salvo excepciones contadas, no sólo tienen una precaria supremacía, sino una duración limitada, generalmente ligada a la presencia efectiva en el poder del grupo foráneo o nacional que la impuso.

4 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia de Venezuela, en este sentido, cuando aún no se había convertido lamentable y totalmente en un instrumento del autoritarismo⁵, destacó en una sentencia de 9 de noviembre de 2000 lo que consideró un “hecho fundamental” aunque no siempre “evidente a simple vista”, el cual es que:

“La Constitución es suprema en tanto es producto de la autodeterminación de un pueblo, que se la ha dado a sí mismo sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas. Así, la Constitución viene a ser, necesariamente, la norma fundamental a la cual se encuentran vinculadas las múltiples formas que adquieren las relaciones humanas en una sociedad y tiempo determinados”⁶.

De ello deriva el postulado antes señalado de que la Constitución, para ser tal, tiene que ser producto de un pacto social formulado por el pueblo, “sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas”, que es, además, lo que como norma suprema o fundamental garantiza su obligatorio acatamiento por los gobernantes y los gobernados. Y es precisamente en los casos en los cuales la Constitución sea producto de la voluntad del pueblo expresada como pacto de la sociedad, que el propio pueblo, colectivamente, y además, todos sus integrantes individualmente considerados, tienen un derecho esencial a que esa Constitución se respete, a que se mantenga conforme a la voluntad popular que la expresa y a que sea suprema. De ello deriva este otro nuevo derecho fundamental que es el derecho ciudadano a la supremacía de la Constitución⁷. Ambos derechos, como todo derecho constitucional,

5 Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2007.

6 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1347 de 9 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 265.

7 Al tema me he referido en diversos trabajos, y entre ellos, en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, pp. 74 ss. Debo recordar aquí, que el tema lo discutí en múltiples ocasiones con mi entrañable amigo Rodolfo Piza Escalante, quien fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Magistrado de la importante Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

en un Estado Constitucional tienen que ser exigibles ante los tribunales, es decir, tienen que ser justiciables.

Este derecho a la Constitución y a la supremacía constitucional, por otra parte, es de la esencia del Estado de Derecho, que está montado, precisamente, sobre esa misma idea de la Constitución como norma fundamental y suprema, que debe prevalecer sobre toda otra norma o acto estatal. Ese fue, como dijimos, el gran y principal aporte de las revoluciones norteamericana y francesa al constitucionalismo moderno, y su desarrollo progresivo fue el fundamento de los sistemas de justicia constitucional que se desarrollaron en el mundo contemporáneo, en particular, los destinados a la protección de la Constitución y al amparo de los derechos y libertades consagrados en las Constituciones.

Esta idea de la supremacía constitucional, fundamento del derecho a la Constitución como norma fundamental y suprema, fue doctrinalmente elaborada por primera vez en Norteamérica, en 1788, por Alexander Hamilton en *El Federalista*, cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley, señalando:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser vista por los jueces, como ley fundamental, por tanto, corresponde a ellos establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo Si se produce una situación irreconocible entre los dos, por supuesto, aquel que tiene una superior validez es el que debe prevalecer; en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus agentes”⁸.

De esta afirmación, se deriva, además, del poder de los jueces para poder controlar la constitucionalidad de las leyes, el postulado

8 *The Federalist* (ed. por B.F. Wrigth), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

esencial de que la Constitución como producto de la voluntad popular, debe siempre prevalecer sobre la intención de los gobernantes. Este es, precisamente, el fundamento del derecho ciudadano a que la voluntad popular expresada en la Constitución sea respetada por quienes gobiernan, quienes en su gestión no pueden pretender hacer prevalecer su voluntad frente a la voluntad popular del pueblo expresada en la Constitución.

Además, por ello, el mismo Hamilton, al desarrollar el principio del poder de los jueces para declarar la nulidad de los actos legislativos contrarios a la Constitución, y argumentar que ello no significaba dar superioridad del Poder Judicial sobre el Legislador, señaló que ello:

“Lo único que supone es que el poder del pueblo es superior a ambos; y que en los casos en que la voluntad del legislador declarada en las leyes, esté en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los Jueces deben estar condicionados por la última, antes que por las primeras”.

Concluyó Hamilton señalando que:

“Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, significaría afirmar que el subalterno es más importante que el principal; que el sirviente está por encima de sus patrones; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo”.

De estas proposiciones de Hamilton lo que más nos interesa destacar aquí, aparte del poder de la Corte Suprema de los Estados Unidos para declarar como nulas y sin valor las leyes estatales y federales contrarias a la Constitución⁹, lo que por supuesto tuvo

9 Véase los comentarios sobre los célebres casos *Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 1776* y *Masbury v. Madison, 1803* en Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

un efecto fundamental en el desarrollo de los sistemas de justicia constitucional como materialización del derecho a la supremacía constitucional; es la idea misma antes expuesta de que en virtud de que la Constitución es manifestación de la voluntad del pueblo, el principal derecho constitucional de los ciudadanos es el *derecho a dicha Constitución y a su supremacía*, es decir, al respecto de la propia voluntad popular expresada en ella. Nada se ganaría con decir que la Constitución como manifestación de la voluntad del pueblo, es ley suprema que debe prevalecer sobre la de todos los órganos del Estado y sobre la actuación de los individuos, si no existiese el derecho de los integrantes del pueblo, es decir, de los ciudadanos a dicha supremacía y, además, a exigir el respeto de esa Constitución, lo que se traduce en el derecho a la tutela judicial efectiva de la propia Constitución.

Por todo ello, en las Constituciones latinoamericanas más recientes, como la de Colombia, incluso se ha consagrado expresamente el principio de la supremacía constitucional, al disponerse que “La Constitución es norma de normas” por lo que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (art. 4). En igual sentido, en la Constitución de Venezuela de 1999 se estableció que “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, a la cual quedan sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público” (art. 7)¹⁰; constituyendo, además, “cumplir y acatar” la Constitución (art. 131), uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios.

Esta idea de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, además, se ha conformado en América

10 Nos correspondió proponer en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 la consagración en forma expresa de dicho principio constitucional. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 24.

Latina conforme a una tradición normativa que se remonta al texto de la “Constitución Federal para los Estados de Venezuela” de diciembre de 1811, que previó expresamente de la obligatoriedad de sus normas tanto para todos los órganos que ejercen el Poder Público como para los particulares.

Por eso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en la misma sentencia antes citada de 2000, señaló que de la supremacía deriva:

“Que la Constitución ostente, junto con el ordenamiento jurídico en su totalidad, un carácter normativo inmanente; esto es, un deber ser axiológico asumido por la comunidad como de obligatorio cumplimiento, contra cuyas infracciones se activen los mecanismos correctivos que el propio ordenamiento ha creado. La Constitución, también, sin que pueda ser de otro modo, impone modelos de conducta encaminados a cumplir pautas de comportamiento en una sociedad determinada”¹¹.

Ahora bien, la consecuencia fundamental de la consagración expresa de este principio de la supremacía constitucional en las Constituciones de Colombia y Venezuela, por ejemplo, ha sido la previsión, en el propio texto constitucional, de todo un sistema diseñado para la protección y garantía de esa supremacía constitucional frente a las leyes, montado sobre el control judicial de su constitucionalidad, lo cual constituye, sin duda, uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de Derecho¹². Todo ello, ha derivado en la consagración expresa del derecho constitucional de los ciudadanos a la tutela judicial de dicha supremacía, sea mediante los sistemas de control

11 Véase en Sentencia de la Sala Constitucional N° 1347 de 9 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 264.

12 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, *Evolución Histórica del Estado*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 47 ss.

difuso de la constitucionalidad ejercido por todos los jueces (art. 4, Colombia; art. 334, Venezuela) o mediante el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la Jurisdicción Constitucional como es el caso de la Corte Constitucional colombiana (art. 214) o de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela (art. 336)¹³. Además, se ha manifestado por la previsión en las Constituciones de las acciones de *hábeas corpus*, *habeas data* o de amparo o de tutela de los derechos constitucionales fundamentales (arts. 30 y 86, Colombia; art. 27, Venezuela).

El constitucionalismo moderno, por tanto, en nuestro criterio, está montado no sólo sobre el derecho a la Constitución sino sobre el *derecho ciudadano a esa supremacía*, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en *un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional*, tanto respecto de la parte orgánica de la Constitución como respecto de su parte dogmática, para cuya preservación se establecen un conjunto de garantías. Ese derecho implica, además, en cuanto a la parte orgánica de la Constitución, el derecho ciudadano a la separación de poderes y el derecho a la distribución territorial del poder o a la autonomía de las instituciones político territoriales; y en cuanto a la parte dogmática, el derecho a la efectividad y goce de los derechos constitucionales mediante las garantías establecidas en la Constitución.

Es por ello que para asegurar la supremacía, las Constituciones establecen directamente en su propio texto una serie de garantías, como la garantía objetiva de la Constitución que considera como nulos y sin valor los actos contrarios a la Constitución; o la garantía de la reserva legal a los efectos del establecimiento de

13 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, *Justicia Constitucional*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997, 658 pp.; y *El Sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (Quaestiones Juridicae N° 5), Bogotá 1995..

las limitaciones a los derechos, que no pueden establecerse por cualquier autoridad sino mediante ley formal. Además, está la garantía de la responsabilidad que por supuesto implica de que todo acto contrario a la Constitución y a los derechos constitucionales en ella previstos, tiene que comprometer la responsabilidad de quien lo ejecutó.

Por supuesto, la garantía fundamental del derecho a la Constitución y a su supremacía, es justamente la posibilidad que tienen los individuos de acudir ante los órganos judiciales para requerir el aseguramiento de los derechos, de manera que se hagan efectivos. Por ello, la garantía fundamental de los derechos constitucionales es la garantía judicial, porque en definitiva, el sistema judicial en cualquier país se establece precisamente para la protección de los derechos de las personas. Esto lo regulan, incluso, casi todas las Constituciones cuando se refieren al Poder Judicial o al derecho de acceder a la justicia, para la protección de los derechos y garantías.

Ahora bien, e este derecho fundamental a la Constitución y a su supremacía, y con ellos, al respeto de los derechos constitucionales, como antes se dijo, se concreta en un derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, sea mediante sistemas de justicia constitucional concentrados o difusos, y en un derecho al amparo judicial de los demás derechos fundamentales de las personas, sea mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de los mismos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica la atribución a los jueces del poder de asegurar la supremacía constitucional, lo que resulta declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, o restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas adoptadas tanto por los órganos del Estado como por los particulares.

Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos el de asegurar la supremacía constitucional mediante

la tutela judicial de la Constitución, es evidente que sólo ésta es la que podría limitar dicho derecho, es decir, es incompatible con la idea del derecho fundamental a la supremacía constitucional, que se establezcan limitaciones legales a la misma, sea manifestadas en actos estatales excluidos del control judicial de constitucionalidad, sea en derechos constitucionales cuya violación no pudiera ser amparable en forma inmediata. Tal como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en 1962:

“Si la regla general constitucionalmente establecida es la del pleno ejercicio del control constitucional de todos los actos del Poder Público, *cualquier excepción a dicha regla tendría que emanar, necesariamente, de la propia Constitución*. Ni siquiera una disposición legal podría sustraer alguno de aquellos actos al control antes dicho; y menos aún pueden autorizarlo los órganos jurisdiccionales como intérpretes fieles que deben ser del contenido de aquella norma. A todo evento, y, ante la duda que pudiera surgir acerca de si algún acta emanado del Poder Público es o no susceptible de revisión constitucional por acción directa, debe optarse, en obsequio a aquel amplio y fundamental principio constitucional, por admitir su examen por parte de este Alto Tribunal”¹⁴.

La supremacía constitucional, por tanto, es una noción absoluta, que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco podría admitir excepciones, salvo por supuesto, que sean establecidas en la propia Constitución. De lo anterior resulta que en definitiva, en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional se ha estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental del ciudadano a la Constitución y a la supremacía constitucional.

14 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 15-03-1962, en *Gaceta Oficial*, N° 760, Extraordinaria de 22-3-62.

En cierta forma, como lo señaló Sylvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional de Norteamérica, ésta puede decirse que surgió como un sustituto de la revolución¹⁵, en el sentido de que si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato de los representantes o a su sustitución por otros, pudiendo, además, invocarse un derecho a la resistencia o a la revuelta, tal como lo defendió John Locke¹⁶.

Antes del surgimiento del Estado de derecho, por tanto, en casos de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la vía de solución de los conflictos entre el pueblo y los gobernantes. Como sustituto de la misma, sin embargo, precisamente surgió el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Esa es, precisamente, la tarea del juez constitucional, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

Sin embargo, a pesar de la previsión de dichos mecanismos de justicia constitucional, no debe dejar de destacarse que muchas Constituciones aún consagran el derecho ciudadano a la desobediencia civil, por ejemplo, respecto de regímenes, de legislación y de autoridades que contraríen la Constitución. Un ejemplo de esto es el artículo 350 de la Constitución de Venezuela de 1999, en el cual se dispuso que:

“El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos”.

15 Véase Silvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press 1990, p. 113.

16 Véase John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge UK, 1967, pp. 211 y 221 ss.

Este artículo consagra constitucionalmente lo que la filosofía política moderna ha calificado como desobediencia civil¹⁷, que es una de las formas pacíficas como se manifiesta el mencionado derecho de resistencia, que tuvo su origen histórico en el antes mencionado derecho a la insurrección difundió John Locke. Además, tiene su antecedente constitucional remoto en la Constitución Francesa de 1793 en cuyo artículo 35, que era el último de los artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que la precedía, se estableció que “Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”.

Esta norma, que era típica de un gobierno revolucionario como el del Terror, sin duda, fue anómala y pronto desapareció de los anales del constitucionalismo. Sin embargo, ello no ha impedido la aparición en las Constituciones de algunas versiones contemporáneas, que si bien no se refieren al derecho a la insurrección, consagran el derecho a la rebelión contra los gobiernos de fuerza, como es el consagrado, por ejemplo, en el artículo 333 de la Constitución venezolana que establece el deber de “todo ciudadano investido o no de autoridad, de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución”, si la misma llegare a perder “su vigencia o dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”. Es el único caso en el cual una Constitución pacifista como la venezolana de 1999, admite que pueda haber un acto de fuerza para

17 Sobre la desobediencia civil y el artículo 350 de la Constitución de Venezuela, véase: María L. Álvarez Chamosa y Paola A. A. Yrady, “La desobediencia civil como mecanismo de participación ciudadana”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (Enero-Junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 7-21; Andrés A. Mezgravis, “¿Qué es la desobediencia civil?”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 189-191; Marie Picard de Orsini, “Consideraciones acerca de la desobediencia civil como instrumento de la democracia”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 535-551; y Eloisa Avellaneda y Luis Salamanca, “El artículo 350 de la Constitución: derecho de rebelión, derecho resistencia o derecho a la desobediencia civil”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 553-583.

reaccionar contra un régimen que por la fuerza hubiere irrumpido contra la Constitución¹⁸. El tema central en esta materia, por supuesto, es la determinación de cuándo desaparece la obligación de la obediencia a las leyes y cuándo se reemplaza por la también obligación-derecho de desobedecerlas y esto ocurre, en general, cuando la ley es injusta; cuando es ilegítima, porque por ejemplo emana de un órgano que no tiene poder para legislar, o cuando es nula, por violar la Constitución.

De todo lo anterior resulta entonces que en el constitucionalismo contemporáneo propio del Estado Constitucional y democrático de derecho, es posible identificar el mencionado derecho ciudadano a la Constitución, que a la vez, como hemos visto, se desdobra en el derecho ciudadano a la supremacía constitucional, el derecho ciudadano a la tutela efectiva de la Constitución, el derecho ciudadano al amparo a los derechos y garantías constitucionales, y el derecho ciudadano a la desobediencia civil e incluso, a la rebelión frente a rupturas ilegítimas de la Constitución.

Pero en segundo lugar, además del derecho a la Constitución, en las nuevas tendencias del derecho constitucional derivado igualmente de la propia concepción de dicho Estado democrático de derecho, también puede identificarse el *derecho a la democracia*¹⁹, de lo que resulta que esta debe ser considerada no sólo como un régimen político determinado, sino en un Estado Constitucional como un derecho ciudadano. La consecuencia de ello además, es que los derechos políticos han comenzado a dejar de estar reducidos a los que generalmente se habían establecido expresamente en las Constituciones, como son los clásicos derecho al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, a la participación política.

18 Véase expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas 2002, pp. 33 ss.

19 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 interamericanas. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 19 ss. (En prensa).

En el mundo contemporáneo, por tanto, se puede hoy también hablar de otros derechos políticos que se derivan del régimen democrático, como es el mencionado derecho ciudadano a la democracia, o a un régimen político en el cual se garanticen sus *elementos esenciales* tal como fueron enumerados por la *Carta Democrática Interamericana* de la OEA 2001, y que son los siguientes: 1) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3). En democracia, sin duda, el ciudadano tiene derecho a todos esos elementos esenciales, los cuales incluso, en muchas Constituciones se han configurado como derechos políticos individualizados, como es el caso del derecho a ejercer funciones públicas, del derecho al sufragio, o del derecho de asociación en partidos políticos. Sin embargo, considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos, el relativo a la separación de poderes, se pueden configurar, globalmente, como integrando un derecho a la democracia que está destinado a garantizar el control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes, y a través de ellos, del Estado.

Este derecho a la democracia, por supuesto, sólo puede configurarse en Estados democráticos de derecho, siendo inconcebible en los Estados con regímenes autoritarios donde precisamente los anteriormente mencionados elementos esenciales no pueden ser garantizados por la ausencia de controles respecto del ejercicio del poder, aún cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

“Es una experiencia eterna –como lo dijo hace varias centurias lo enseñó Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu– que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él; y lo hace, hasta

que encuentra límites”, de lo que dedujo su famoso postulado de que “para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder”²⁰. De esta apreciación física fue que se derivó, precisamente, el principio de la separación de poderes que establecieron todas las Constituciones que se formularon después de las revoluciones norteamericana y francesa, convirtiéndose no sólo en uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno, sino además, de la propia democracia tanto como régimen político como derecho ciudadano para asegurar que quienes sean electos para gobernar y ejercer el poder estatal en representación del pueblo, no abusen del mismo. Por ello, desde la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se estableció, con razón, que “toda sociedad en la cual no esté determinada la separación de los poderes, carece de Constitución” (art. 16).

Doscientos años después, pero con su origen en aquellos postulados, en el orden constitucional interno de los Estados democráticos de derecho, es posible entonces identificar un derecho a la democracia conformado por los antes mencionados *elementos esenciales* que se complementan con sus *componentes fundamentales*, enumerados también en la misma *Carta Democrática Interamericana*, y que son los siguientes: 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).

Al igual que algunos de los antes mencionados elementos esenciales de la democracia, muchos de estos componentes fundamentales también se han configurado en las Constituciones como derechos ciudadanos individualizados, como por ejemplo, el conjunto de

20 *De l'Esprit des Lois* (ed. G. Tunc), Paris 1949, Vol. I, Libro XI, Cáp. IV, pp.162-163.

derechos sociales y la libertad de expresión del pensamiento. Sin embargo, también considerados en su conjunto, junto con los elementos esenciales, estos componentes fundamentales de la democracia permiten reafirmar la existencia del derecho ciudadano a la democracia, como derecho fundamental en si mismo, lo que implica por sobre todo, la posibilidad ciudadana de controlar el ejercicio del poder.

Ello tiene una significación e importancia fundamentales en la configuración del Estado Constitucional democrático de derecho pues de este factor dependen todos los otros que caracterizan la democracia, de manera que sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; sólo controlando al Poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, y rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta, por tanto, que sólo cuando existe un sistema de control efectivo del poder es que puede haber democracia, y sólo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los poderes Públicos.

Por ello es precisamente que en el mundo contemporáneo, la democracia no sólo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos, sino además y por sobre todo, como un gobierno sometido a controles, y no solo por parte del Poder mismo conforme al principio de la separación de los poderes del Estado, sino por parte del pueblo mismo, es decir, de los ciudadanos,

individual y colectivamente considerados, y precisamente a ello es que tienen derecho los ciudadanos cuando hablamos del derecho a la democracia.

Ahora bien, este derecho a la democracia identificado con el derecho al control del poder comporta al menos tres derechos políticos específicos que se configuran precisamente en los pilares fundamentales del equilibrio entre Estado y el ciudadano, y que son: en primer lugar, el derecho ciudadano a la separación de poderes; en segundo lugar, el derecho ciudadano a la distribución vertical o territorial del poder para asegurar la participación política; y en tercer lugar, el derecho ciudadano al ejercicio de los recursos judiciales necesarios para controlar el ejercicio del poder, y además, asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho.

El primer derecho político derivado del derecho a la democracia, que se erige en un elemento esencial para el establecimiento de dicho equilibrio, es el 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, al punto de que su existencia, como hemos dicho, es la que puede garantizar la vigencia de los diversos factores esenciales de la democracia. Este derecho derivado del principio de la separación de poderes sigue siendo el pilar fundamental en la organización del Estado democrático constitucional y, exige no sólo que los Poderes del Estado tengan efectiva independencia y autonomía sino que la misma esté garantizada.

Ello, por lo demás, es de la esencia de la democracia, de manera que al contrario, como lo enseña la historia de la humanidad, demasiada concentración y centralización del poder como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, inevitablemente conduce a la tiranía. El mundo contemporáneo ha tenido demasiadas experiencias que han mostrado toda suerte de tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, desarrollaron gobiernos

autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos.

Pero el derecho a la democracia también está condicionado por otro clásico principio de la organización del Estado que responde a un segundo derecho político derivado del señalado derecho a la democracia, que es la distribución vertical del poder público el cual necesariamente implica un proceso de descentralización política entre entidades territoriales dotadas de autonomía política. Este principio en efecto, también se configura como un derecho ciudadano, en ese caso a la distribución del poder, que es, además, el que puede garantizar la efectiva posibilidad de ejercicio del derecho a la participación política democrática. Por ello puede decirse, por ejemplo, que la configuración de un Estado Unitario descentralizado como el de Colombia, o de un Estado Federal como los de Venezuela y México, conllevan la existencia de un derecho ciudadano a la distribución territorial del poder que implican, ya que la misma que no es otra cosa que descentralización política, además, es la que puede garantizar la posibilidad para el ciudadano de poder ejercer el derecho de participar en la toma de decisiones y en la gestión de los asuntos públicos. Esto sólo es posible cuando el poder está cerca del ciudadano, como consecuencia, precisamente, de la distribución territorial o descentralización del poder basado en la multiplicación de las autoridades locales con autonomía política,²¹ que es lo que puede servir, además, para que el poder controle al poder. Al contrario, en un esquema de centralización del poder, no sólo la participación política se torna en una ilusión retórica, sino que el sistema se convierte en fácil instrumento del autoritarismo²².

21 Véase Allan R. Brewer-carías, "El Municipio, la descentralización política y la democracia" en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001*, México 2003, pp. 53-61. Véase las propuestas para el reforzamiento de la descentralización de la federación y el desmantelamiento de su centralización en la Asamblea Constituyente de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 155 y ss.

22 Véase los estudios "La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)", pp. 41-

La participación política, que es un derecho constitucional que no debe confundirse con la movilización popular ni con los mecanismos de democracia directa, sólo es posible en las democracias a nivel local, en unidades territoriales políticas y autónomas descentralizadas donde se practique el autogobierno mediante representantes electos en forma directa, universal y secreta. Por eso el vínculo indisoluble que hay entre descentralización y participación, sólo posible en democracia. En cambio, tal como lo enseña la historia y práctica política, nunca ha habido autoritarismos descentralizados, y menos autoritarismos que hayan podido permitir el ejercicio efectivo del derecho a la participación política. La centralización política del poder es de la esencia de los autoritarismos, y es contraria a la democracia, impidiendo a la vez toda posibilidad de participación, siendo en definitiva la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos, independientemente de que hayan sido electos. Por ello, los autoritarismos temen y rechazan tanto la real descentralización política como a la participación democrática, lo que constituye una negación, en definitiva, del derecho a la distribución territorial del poder y del derecho a la democracia.

En cambio, la distribución territorial del poder, es decir, la descentralización política, es como se ha dicho, la que puede permitir el ejercicio efectivo de una democracia participativa, y a la vez, del derecho a la posibilidad de controlar el poder, implicando siempre la creación de entidades autónomas de autogobierno cuyos miembros necesariamente tienen que ser electos por votación universal, directa y secreta del pueblo, y no simplemente designados por asambleas de ciudadanos controladas por el poder central o por un partido de gobierno.²³ Estas, en esa forma configuradas, no pasan

59; “Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)”, pp. 105-125; y “El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)”, pp. 127-141, en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

23 Véase Ley de los Consejos Comunales en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extraordinaria del 10 de abril de 2006. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho*

de ser instituciones de manejo centralizado, dispuestas para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se hace es, si acaso, movilizarlo en forma totalmente controlada por el Poder Central.

La verdad es que para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, es decir, participativa, la misma tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de una comunidad política que tenga autonomía; lo que sólo puede tener lugar en entidades políticas autónomas, como los Municipios, producto de la distribución territorial del poder, como sucede en todas las sociedades democráticas.

Pero además del derecho ciudadano a la separación de poderes y a la distribución territorial del poder, para controlarlo, el derecho a la democracia también conlleva la existencia de un tercer derecho ciudadano que es el mismo que ya destacamos cuando nos referimos al derecho a la Constitución, y que es el derecho a la tutela judicial efectiva y a ejercer el control judicial efectivo del ejercicio del poder, lo que exige, ineludiblemente, que la autonomía e independencia del Poder Judicial en su conjunto y de los jueces en particular, estén garantizadas. Por ello, también como parte del derecho ciudadano a la separación de poderes y como parte del derecho a la democracia, se puede identificar un derecho ciudadano a la independencia y autonomía de los jueces que en un Estado democrático de derecho, la Constitución y todos los poderes del Estado deben garantizar. Se trata de darle plena efectividad al mencionado derecho constitucional a la separación de poderes, porque sin éste, simplemente no puede hablarse ni de Estado de derecho, ni de posibilidad de control judicial del poder, ni de derecho a la democracia, y sin ello, es imposible hablar siquiera del equilibrio que debe asegurarse entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos.

Administrativo, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo "Agustín Gordillo", Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

De todo lo anterior resulta, con evidencia, que para que exista democracia como régimen político en un Estado constitucional y democrático de derecho, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen del derecho al sufragio y a la participación política; ni de la división o separación horizontal del Poder Público, ni de su distribución vertical o territorial, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente. 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.

Además de todas esas declaraciones, es necesaria 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. Y para ello, sin duda, es que hay que destacar entre las nuevas tendencias del derecho constitucional en el Siglo XXI, la necesidad de identificar nuevos derechos ciudadanos propios del Estado Constitucional y democrático, como son precisamente, el derecho a la Constitución y el derecho a la democracia.

LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO¹

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS²

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Fundamentos de la solución constitucional. 3. Críticas. a) el argumento técnico; b) el argumento político; c) el argumento funcional. 4. Balance y replanteo.

La nueva constitución del Ecuador, aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, ha remodelado con cierta intensidad al antiguo Tribunal Constitucional que existía en tal país, que con distintos nombres y competencias, es uno de los más antiguos de América Latina. En términos generales, ha reforzado sus roles y aumentado su autonomía³.

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

2 Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

3 La nueva constitución declara a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control de la constitución (art. 429). Se integra con nueve miembros, que duran nueve años sin reelección inmediata (art. 432), periodo felizmente ampliado con relación al corto tramo anterior de cuatro años. No están sometidos a juicio político. No pueden ser removidos por quienes los nombraron. En caso de responsabilidad penal son enjuiciados por la Corte Suprema de Justicia. Su destitución se decide por los tercios de los miembros de la Corte Constitucional (art. 431). Sus miembros son designados por una Comisión Calificadora de seis miembros (dos designados por la función legislativa, dos por la ejecutiva y dos por la de Transparencia y Control social), mediante concurso público: art. 435. La función de Transparencia y Control social se forma por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias (art. 204). En la práctica, habrá que analizar en el futuro si la Comisión Calificadora concluye o no efectivamente libre de influencias de los otros poderes del Estado. La autonomía funcional de la Comisión será un dato indispensable para erigir una Corte Constitucional a su vez imparcial e independiente.

Nos interesa detenernos en un aspecto de la reforma constitucional, como es el concerniente a la *inconstitucionalidad por omisión*. El actual inciso 10 del art. 436 de la constitución se detiene específicamente en el tema y dispone lo siguiente, entre las competencias de la nueva y ahora denominada Corte Constitucional: *Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.*

Como puede constatarse, de haber una intimación por parte de la Corte Constitucional para que el órgano renuente se expida, la cláusula habilita a la misma Corte para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley.

La norma de referencia guarda similitud con la sancionada para el Estado de Chiapas (México), por decreto publicado en el periódico oficial del 16 de mayo de 2007⁴, según la cual, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Estado intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un período de sesiones, y si no lo hace, cuando se trate de leyes cuya expedición está ordenada por la Constitución local o federal, el referido Tribunal Constitucional se pronuncia en torno a la omisión, emitiendo provisionalmente las disposiciones pertinentes, añadiéndose “ que dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa” (art. 56, fracción III de la constitución del Estado).

4 Cfr. Rangel Hernández Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México* (México D.F., 2008). Tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho Procesal Constitucional. Universidad Panamericana, págs. 157/8, versión policopiada, a quien seguimos en esta descripción.

No preocupa mayormente que un órgano de la jurisdicción constitucional, ante un caso de omisión inconstitucional, ordene cumplir un acto concreto omitido. Esto es frecuente en el derecho procesal constitucional, y para ello existen, habitualmente, acciones de amparo o mandamientos de ejecución. Pero lo que sí llama la atención es la habilitación constitucional para que, ante supuestos de omisión inconstitucional en la producción de normas generales, el referido tribunal pronuncie –bien que provisionalmente- a la regla jurídica ausente.

En definitiva, la Constitución programa a la Corte Constitucional como un legislador suplente y precario, problemática en la que nos vamos a detener.

1. Antecedentes.

Hay múltiples remedios jurisprudenciales y constitucionales para atacar a la inconstitucionalidad por omisión. Baste mencionar, al respecto, sistemas que contemplan una denuncia ante el órgano que controla tal omisión, y otros que pueden proseguir con recomendaciones, llamados de atención o intimaciones al órgano en mora, la cobertura judicial para un caso concreto, la imposición de un resarcimiento por el daño causado, etc. Nos remitimos al tratamiento que hemos dado a ellos, en trabajos anteriores⁵.

Con referencia específica a la actuación de una Sala o Tribunal Constitucional como legislador suplente, y sin pretender agotar la temática, es posible citar a la Constitución de Venezuela de 1999, que en su art. 336 inc. 7º, al contemplar la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del poder legislativo nacional, estatal o municipal, establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Aquí ya se anticipa

5 Por ejemplo, Sagués Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª. ed. (Buenos Aires 2006), ed. Lexis-Nexis, pág. 129 y siguientes, cap. X: “Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión”.

una gestión como legisladora positiva de la Sala Constitucional, respecto del posible contenido que deberá tener la futura norma a dictarse.

Merece igualmente recordarse el caso de la constitución del Estado mexicano de Veracruz, y con alusión a la mora legislativa inconstitucional del Congreso, cuando estatuye que el Tribunal Superior de Justicia fija un plazo de dos períodos ordinarios de sesiones, para que elabore a la norma faltante; y si “transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

En esta hipótesis, el perfil del Tribunal Superior de Justicia como legislador suplente tiende a definirse más. Se trata de su aptitud constitucional para “dictar las bases” (hecho que implica emitir normas, bien que no todas las reglas del caso) que regularán el tema hasta tanto lo haga el legislador ordinario. Para Fernández Rodríguez, está potenciado para emitir “una especie de normativa básica”⁶.

Pero en el caso ecuatoriano, aproximándose a la alternativa seguida en Chiapas, tal definición es todavía más categórica, ya que, como vimos, consiste en que la Corte Constitucional “expedirá” la norma ausente, bien que de manera “provisional”, y conforme a la ley.

2. Fundamentos de la solución constitucional.

Es notorio que en la receta ecuatoriana prevalece la intención de afirmar la fuerza normativa de la constitución, entendida como regla motorizable por la Corte Constitucional, cuando la inacción del legislador regular del caso (que puede ser no solamente el

6 Fernández Rodríguez José Julio, *La omisión legislativa en la constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto*, en Ferrer Mac Gregor Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. ed., (México 2003), ed. Porrúa, t. IV pág. 3771, quien critica profundamente la alternativa seguida por la constitución veracruzana, por afectar el principio de división de los poderes.

Poder Legislativo formal, sino toda otra autoridad que debe, según la Constitución, pronunciar una norma), paraliza su eficacia. Esa suerte de anestesia inconstitucional de la Constitución, por la renuencia del legislador moroso, es salvada así, de modo subsidiario y provisional, por la Corte Constitucional.

Acompañando ese razonamiento, es visible asimismo que la constitución ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas, de sancionarlas o no sancionarlas. La solución, por cierto drástica, ha sido dejar a la magistratura constitucional (en su máximo nivel) la cobertura transitoria de la norma faltante. Para ello, la constitución “judicializa” el conflicto (que décadas atrás era una *political question*, o cuestión política no justiciable), y lo inserta dentro de las competencias de la Corte Constitucional.

Por supuesto, la primera crítica a este régimen es la hipotética violación al principio de división de poderes, dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogenéticas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos. Vale la pena observar que trata aquí de una impugnación de tipo académico y conceptual, ya que no es una violación de la constitución, desde el momento en que es la misma carta política la que programa al sistema que analizamos.

Liminarmente cabe alertar que el órgano presuntamente “invadido” mal podría considerarse “víctima”, ya que si hubiese emitido la norma que no dictó, no existiría problema alguno. Nadie puede, según el viejo adagio latino, alegar su propia torpeza. Además, cada cual es responsable de sus propios actos (en la especie, de su propia omisión, infractora de la constitución).

Al mismo tiempo, el citado órgano hipotéticamente “invadido” podría concluir inmediatamente, si lo quisiera, con la supuesta “invasión” de la Corte Constitucional. Como ésta actúa aquí “de manera provisional” –o sea, como legislador precario-, si el órgano

constitucionalmente previsto que no sancionó la norma, lo hace cumpliendo con su deber constitucional, *ipso jure* concluye la norma dictada por la Corte Constitucional. Las normas elaboradas por la Corte son, en definitiva, preceptos bajo condición resolutoria (*sub conditionem resoluitur*): tienen vigencia hasta tanto el legislador normal quiera mantenerlos, ya que puede sustituirlos con la norma que él desee sancionar, cumpliendo con el mandato constitucional que le obliga a aprobarla.

En conclusión, no parece haber aquí ni “órgano invadido”, ni “órgano víctima”.

3. Críticas.

El cuestionamiento más fuerte a la doctrina de la Corte Constitucional como legislador suplente y precario viene por otros lados. Mencionaremos tres argumentos: a) el técnico; b) el político; c) el funcional.

a. el argumento técnico. El mismo apunta que dictar sentencias (objetivo primario de un tribunal constitucional) no es lo mismo que elaborar normas generales (meta del legislador).

La preparación y redacción de una norma cuenta con técnicas específicas, bastantes exigentes por cierto⁷, que en la esfera académica han dado lugar, incluso, a maestrías especializadas, como la actualmente en curso en la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, requiere oficinas de información y de asesoramiento, con personal especializado y un material informativo puesto al día, en temas muchas veces complejos.

El dictado de una norma general exige igualmente empalmar el nuevo texto con las normas afines, circunstancia que obliga a tener

7 Ver por ejemplo Muñoz Quesada Hugo Alfonso y Haba Enrique Pedro, *Elementos de técnica legislativa* (San José de Costa Rica, 1996), ed. Prodel, *passim*.

muy en cuenta normas preexistentes, o modificarlas. De no tomarse esas precauciones, el principio de derogación tácita orgánica (*lex posterior derogat priori*) puede provocar abrogaciones no queridas por quien está operando como legislador, o desajustes normativos muy perniciosos para la seguridad jurídica.

Con esto quiere significarse el arte y la ciencia de legislar no es un trabajo para *amateurs*, y que una corte constitucional que quiera operar como legislador, aunque precario y suplente, puede no ser el órgano más adecuado para estas nuevas funciones, que en principio resultan anómalas para el tribunal. De todos modos, si las asume, ello requeriría cuerpos especializados dentro de la corte, para coadyuvar con eficiencia en dicho trabajo.

b. el argumento político. Desde este punto de observación cabe añadir que el oficio de legislar es políticamente muy significativo (*principalem actus regis*, lo llamaba Santo Tomás de Aquino)⁸, y que, en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideologías, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad, y a menudo, adoptar opciones entre fórmulas contrapuestas, cuando la concertación no se obtiene, con la prudente medición de los efectos que ellas pueden tener en una colectividad.

Tal espacio y paisaje difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así como el discurso jurídico, transitan por otros caminos. En cierto modo, media allí un clima más profesional, universitario y académico en la tarea de hacer funcionar el derecho, que el propio de un Parlamento donde se sanciona ese derecho. Los jueces constitucionales, además, no tienen por qué sentirse

8 Nos hemos referido al tema en Sagüés Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político* (Buenos Aires, 1978), ed. Depalma, págs. 187/9. El Aquinate habla incluso del “arte de legislar” (*de legislatione*), como difícil empresa de compaginación normativa para alcanzar el bien común.

comprometidos con los partidos e intereses sectoriales que, en cambio, anidan en los poderes Ejecutivo y Legislativo (y que es bueno que afloren y se contrapongan en el debate democrático). Antes bien, deben comportarse como sujetos imparciales e independientes, como por ejemplo exige el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

Es por ello que el escenario judicial tampoco sea el más adecuado para generar normas, aunque ocasionalmente algunos tribunales, en ciertos países, hayan pergeñado proyectos de ley, en particular concernientes al quehacer judicial.

c. el argumento funcional. En este terreno, la pregunta estriba en determinar en qué medida la asunción de roles normativos por una corte constitucional puede perturbar el desarrollo de las tareas jurisdiccionales corrientes de tal órgano.

Por lo general, en el ámbito latinoamericano, las cortes y salas constitucionales tienen una cantidad de trabajo que no guarda relación con los recursos humanos y técnicos convenientes para asumirla. En otras palabras, resultan desbordadas por una catarata de procesos constitucionales de toda laya, concernientes tanto a la llamada “jurisdicción de la libertad” (protectora de los derechos personales), como a la “jurisdicción orgánica” (solución de conflictos de poderes y de controversias entre los órganos del Estado, por ejemplo).

En síntesis, pocos tribunales constitucionales han optado por una solución tan dura como la estadounidense, cuya Corte Suprema resuelve menos de cien causas por año. La mayoría se encuentra condenada a recibir, procesar y resolver miles de expedientes.

La cuestión es si ante tal panorama, es factible sumar a las funciones de una Corte Constitucional, la de actuar como legislador activo (aunque fuere suplente y precario), ante los supuestos de inconstitucionalidad por omisión. Naturalmente, la

respuesta (desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo), va a depender del número de procesos jurisdiccionales o parecidos a tales que debe decidir, y del número de causas donde tenga que actuar como legislador. Ese cálculo es decisivo para no asignarle a una corte constitucional misiones materialmente imposibles, que son en sí profundamente antisistémicas. Un tribunal o sala constitucional atiborrado de pleitos, y además, legislador, tiene el serio riesgo de incumplir ambos cometidos.

4. Balance y replanteo.

Cuando a fines de los años sesenta el Tribunal Constitucional federal alemán asumió francamente el tema de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, alertó que los jueces, para remediarla, debían tener en cuenta tanto un claro mensaje constitucional incumplido, como el transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera, y, por último, la posibilidad de que el Poder Judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador⁹.

Tales directrices conservan hoy vigencia. No es tarea simple atender jurisdiccionalmente la cobertura de esa inconstitucionalidad por omisión. Supóngase que la constitución encomienda al Poder Legislativo establecer un régimen de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con colaboración en su dirección y en el control de la producción, y que el Congreso permanezca renuente en esa obligación¹⁰. (8) Una magistratura constitucional que decidiese aquí poner punto final a la mora legislativa tendría frente a sí un trabajo hercúleo para elaborar soluciones individuales, y más todavía para redactar una norma general subsidiaria, en un asunto de por sí opinable y hartamente controvertido, con múltiples y

9 Cfr. Piña Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas* (Buenos Aires 1973), ed. Astrea, págs. 72 y sigts., Fernández Rodríguez José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión* (Madrid, 1998), ed. Civitas, págs. 312 y sigts.

10 El caso no es hipotético, sino que se presenta claramente en el art. 14 bis de la constitución nacional argentina, sancionado en este punto en 1957 y no reglamentado hasta la fecha, en tal cuestión.

distintas fórmulas de instrumentación, donde entran en juego diferentes índices de rentabilidad según las actividades y el tipo de establecimiento considerados, opuestos criterios políticos de redistribución de la riqueza, mediciones y resultados diversos acerca del impacto económico de las posibles cuotas y modos de repartir, etc.

Una breve sinopsis histórica muestra que la jurisdicción constitucional no fue concebida inicialmente para reparar la inconstitucionalidad por omisión, sino solamente para inaplicar reglas inconstitucionales, en el caso concreto (“Marbury vs. Madison”). Que después, bajo las directrices de Hans Kelsen, pudo operar como legislador negativo, derogando las normas inconstitucionales. Y que más tarde, adoptó papeles de legislador positivo, impulsando la sanción de nuevas normas, v. gr. mediante las sentencias exhortativas. Finalmente, en una cuarta etapa, al atender la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, cubrió vacíos lagunosos para el caso concreto, e impulsó la sanción de las normas ausentes, instando la actividad nomogenética del legislador ocioso, pautándole incluso ciertas directrices de contenido en la emisión de tales normas, y estableciendo reparaciones para el afectado por la mora legislativa genérica.

El fin de esta cuarta etapa parece alcanzar, según las soluciones de Chiapas y de Ecuador, una quinta alternativa: la gestión de un tribunal constitucional como legislador suplente y precario, sancionando bajo condición resolutoria la norma general ausente (esto es, hasta que quien debía elaborarla, lo haga efectivamente).

Si bien cabe destacar el ánimo de justicia y de ejecución real de la constitución que caracteriza a esta última posibilidad, en aras de otorgarle genuina eficacia y positiva vigencia de los derechos personales; y que la novedosa reprogramación que importa de la doctrina clásica de división de los poderes no la descalifica de por sí *in limine*, la problemática técnica, política y funcional

que conlleva, y que hemos detallado anteriormente, no aconseja proyectarla como una solución deseable para todo sistema constitucional. Antes bien, lo mejor será evaluar con cautela las experiencias que ocurran en los estados que la han adoptado, antes que repetirla ya en otros. Para aquéllos, ciertamente, importa un desafío digno de una cuidadosa observación por parte del resto del derecho comparado.

Para el caso ecuatoriano, cabe alertar por último que la propia constitución deja en parte la instrumentación de la aptitud legisferante de su Corte Constitucional, a lo que establezca la ley, según se desprende del citado art. 436, inciso 10 (ver párrafo 1). Ello deja abierta la posibilidad de enmarcar tal competencia dentro de ciertos parámetros, como los enunciados por el Tribunal Constitucional federal alemán, en torno a la factibilidad, en un caso concreto, de ejercer tal función prescindiendo absolutamente del legislador.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DEVALUACION DE LA LEY¹

LUIS LÓPEZ GUERRA²

SUMARIO: 1. La ley como expresión de la modernidad en el Derecho. 2. Las críticas a la centralidad de la ley. 3. Primacía de la ley y supremacía constitucional. La Constitución como consenso básico. 4. La supremacía de la Constitución como supremacía procedimental. 5. La extensión de las Constituciones. 6. Ley y valores constitucionales. 7. Jurisprudencia constitucional y primacía de la ley: la “interpretación conforme”. 8. Ley, derechos sociales y jurisprudencia constitucional.

1. La ley como expresión de la modernidad en el Derecho.

La primacía de la ley aparece como la manifestación de la modernidad en el ámbito del Derecho. La proclamación de la racionalidad como superación de la “culpable minoría de edad” de la premodernidad se expresa mediante el concepto de ley, en cuanto norma general elaborada conscientemente, que, dejando

1 El presente artículo se escribió como aportación a los Estudios en Homenaje al Profesor Peces Barba (Madrid, 2008)

2 Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde febrero de 2008. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, Madrid, España Doctorado en Derecho por la Universidad de Madrid, España. Maestría en Ciencias Políticas en Michigan State University, Estados Unidos (1975). Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid, España (1969). Ex miembro del Tribunal Constitucional de España. Ex Ministro de Justicia. Ex Director del Instituto de Derecho Público comparado de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Profesor e Investigador del instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

de lado fórmulas heredadas acriticamente –tanto las costumbres transmitidas de generación en generación como los dogmas contenidos en el *Corpus Iuris Civilis*- pretende configurar la sociedad de acuerdo con moldes universalmente aceptables. No es por ello extraño que, desde los escritos de los primeros teóricos del constitucionalismo moderno, y los textos iniciales de la historia constitucional europea hasta la actualidad, el concepto de ley en cuanto norma general aparezca como elemento definitorio de lo que se ha denominado Estado de Derecho (en sus diversas versiones de *Rechtstaat*, *régime de séparation des pouvoirs* o *rule of law*). Frente al sistema de fuentes del Antiguo Régimen la concepción material de la ley como norma general vendría a dignificar la obediencia, al establecer, frente al arbitrio del gobernante, el mandato objetivo de la ley y al asegurar, al tiempo, un régimen de igualdad para todos, derivado de su misma generalidad. Su concepción formal, en cuanto norma aprobada por la representación de la comunidad, en virtud del principio *quod omnes tangit*, justificaba la sujeción del ciudadano a la voluntad general: justificación que se vería fortalecida por la paulatina extensión del principio democrático a los órganos de representación, y la progresiva identificación de la ley con la norma aprobada por un Parlamento elegido por sufragio universal.

En la concepción revolucionaria adoptada por el constitucionalismo la legitimidad de la ley, por otra parte, se proyectaba sobre todos los poderes del Estado: tanto de la actuación de la Administración, en cuanto ejecución de los mandatos de la ley, como de las decisiones de jueces y Tribunales, en cuanto el poder judicial se concibe como boca que pronuncia las palabras de la ley, y que se encuentra sometido únicamente a su imperio³.

3 Una excelente exposición de la concepción revolucionaria de la ley puede encontrarse en el libro de Luis PRIETO SANCHIS, *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, 1998, págs 7-22, en que recoge las opiniones de autores como Montesquieu, Robespierre, Voltaire, Diderot o Bentham, entre otros.

2. Las críticas a la centralidad de la ley.

Como otros muchos productos de la Edad de la Razón, la primacía de la ley se ha visto sometida a una implacable crítica, al menos desde la mitad del siglo pasado; crítica fundada tanto en consideraciones de índole práctica como, con mayor carga de profundidad, en consideraciones valorativas. No resulta exagerado, como consecuencia, hablar de una devaluación (no sólo en la doctrina) de la ley como fuente del Derecho.

Desde la perspectiva práctica, derivada en principio de la contraposición entre doctrina y realidad, se ha puesto de relieve, respecto de las características materiales de la ley, que ésta, progresivamente, ha ido perdiendo su carácter de generalidad, debido a la proliferación de leyes que se encaran con la regulación de supuestos muy limitados, y en muchas ocasiones, de un caso o situación concreta (leyes medida); correlativamente, que el legislador lleva a cabo una profusa actividad legislativa, que al seccionar y compartamentalizar la regulación de muchas materias, provoca confusiones, contradicciones, y, en suma, inseguridad jurídica. También, en forma relacionada, se hace notar que la “motorización legislativa”, la hiperactividad del legislador, da lugar a numerosas deficiencias técnicas, que pueden ir desde la acumulación de regulaciones sobre materias inconexas en la misma norma, hasta el vaciamiento de la norma legal, mediante remisiones al reglamento, pasando por la presencia de contradicciones, no sólo entre normas, sino dentro del mismo texto legal.

La crítica técnica ocupa, en todo caso, un lugar secundario frente a una objeción más profunda: la experiencia histórica habría venido a demostrar que los conceptos de razón y ley no tienen por qué coincidir, ni, aún menos, los conceptos de ley y justicia. Desde una perspectiva ética y valorativa, se ha manifestado abundantemente que no faltan los ejemplos de vulneración por la ley (incluso por la ley aprobada por asambleas democráticas) de los mismos principios del Estado de Derecho. La ley por sí sola no garantizaría ni la

resolución justa de los conflictos interindividuales, ni la creación y el mantenimiento de una comunidad ordenada de arreglo con esos principios.⁴

3. Primacía de la ley y supremacía constitucional. La Constitución como consenso básico.

Debe señalarse que la devaluación de la ley como fuente del Derecho no aparece forzosamente vinculada (como en ocasiones se manifiesta) a la consagración generalizada de la supremacía de la Constitución. En realidad la consideración de la Constitución como una norma “más alta” es elemento natural y omnipresente en el constitucionalismo; otra cosa es, desde luego, la forma, más o menos explícita, en que esa consideración se expresa, y la manera en que se extraen consecuencias jurídicas de la misma. La evolución del constitucionalismo europeo ha supuesto una progresiva formalización de la supremacía constitucional, sobre todo mediante vías como los procedimientos agravados de reforma constitucional, y la introducción de la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero sería erróneo estimar que la ausencia (histórica o actual) de esa formalización implica el desconocimiento de la peculiaridad de la norma constitucional y su especial relevancia para el ordenamiento jurídico. La primacía de la ley, a lo largo del desarrollo del constitucionalismo y desde sus mismos orígenes ha coexistido con naturalidad con la específica relevancia de la norma constitucional⁵. Y ello tanto en lo que se refiere a la fuerza vinculante de la Constitución (que en modo alguno se limitaba a configurarse como una norma programática) como en cuanto a su especial resistencia frente a la ley ordinaria. Los estudios de Alessandro Pace sobre el Estatuto Albertino son elocuentes al respecto⁶.

4 Una exposición de las críticas a la primacía de la ley puede encontrarse en el libro (de título revelador) *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, Madrid, 1999

5 S. MUÑOZ MACHADO, en *Constitución*, Madrid 2004, págs. 61 y sgs. critica la extendida noción de la ausencia de fuerza normativa de las constituciones históricas, aunque mantiene que carecían de una posición de supremacía. Pero ver las obras citadas en la nota siguiente.

6 “La ‘natural rigidez’ de las constituciones escritas” y “En defensa de la ‘natural rigidez’

Otra cosa es, desde luego, que, aún partiendo de esa coexistencia natural entre primacía de la ley y carácter superior de la Constitución, la concreta instrumentación de las relaciones entre Constitución y ley, y la traducción a fórmulas jurídicas de la supremacía constitucional no hayan dejado de plantear cuestiones y dudas en la doctrina (y en la práctica) constitucional. Sobre todo, esas cuestiones aparecen como especialmente complejas cuando se parte del principio de legitimidad democrática como fuente de justificación del ejercicio del poder público. Aún cuando la Constitución haya sido adoptada de acuerdo con las exigencias de ese principio, es decir, mediante la aprobación por una asamblea democráticamente elegida, e incluso mediante referéndum popular (lo que por otra parte no es cierto en todos los casos) cabe preguntarse por qué la voluntad popular del momento actual, manifestada por la ley aprobada en el Parlamento, ha de subordinarse a esa misma voluntad, expresada en un momento anterior, quizás muy lejano, y quizás con menor apoyo parlamentario que el obtenido por esa ley. ¿No parece, por ejemplo, opuesto al principio democrático que una eventual voluntad popular, traducida en la correspondiente mayoría parlamentaria en las Cortes Generales, de alterar la sede de la capitalidad del Estado, o de suprimir la exigencia de un “tratamiento especial a las zonas de montaña”, no pueda prevalecer frente a lo dispuesto en los artículos 4.1 y 130.2 de la Constitución Española?. ¿No sería aplicable la famosa disposición del artículo 28 de la Declaración jacobina de derechos, que proclamaba que “una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”?

A partir, al menos, de la conocida obra de Sieyès⁷, la doctrina no ha dejado, como es obvio, de ocuparse de estas cuestiones, y a esa doctrina me remito⁸. Quisiera en todo caso subrayar un aspecto

de las constituciones escritas” en Alejandro PACE/ Joaquín VARELA, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, 1995.

7 Para una versión española de la obra de E. SIEYES, *Qué es el tercer estado*, Madrid, 1973
8 Sobre todo a la meritoria obra de Víctor FARRERES, *Justicia Constitucional y Democracia*, donde se analiza detenidamente la relación entre el principio democrático y las manifestaciones de la supremacía constitucional. Del mismo autor, y dentro del mismo ámbito de problemas, “En defensa de la rigidez constitucional” *Doxa*, 23 (2000) págs. 29-47

en que no se ha puesto, en mi opinión, la atención necesaria, para la justificación de la supremacía de la norma constitucional: la consideración de la dimensión paccionada de este tipo de normas, como expresión de un acuerdo que, entre otras cosas, hace posible la misma existencia de una comunidad política integrada.

Como señaló hace ya algún tiempo Schmitt, uno de los conceptos de la Constitución (su concepto “absoluto”)⁹ la considera como definición de la comunidad política, esto es, como la delimitación del ámbito del “nosotros”. La ley parlamentaria expresa la voluntad de la comunidad: pero ¿quién y cuando define en qué consiste esa comunidad, y quiénes la integran? A este respecto, la regla de la mayoría no es suficiente. Se me puede obligar a obedecer a la ley que decide la mayoría de la comunidad a que pertenezco; pero una mayoría no puede obligarme a pertenecer a una comunidad con la que no me identifico. La Constitución, como tarea esencial, define la comunidad política (“*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*”) y, evidentemente, y desde una perspectiva democrática, la mera afirmación de la existencia de una comunidad supone como necesario postulado afirmar el acuerdo de sus integrantes sobre su misma existencia. Pero además, y desde una perspectiva eminentemente realista, si se quiere que esa comunidad tenga la máxima capacidad integradora (esto es, conseguir el máximo nivel posible de identificación con la fórmula política concreta de la comunidad) deberá buscarse el máximo consenso, y no sólo el consenso de una mayoría. Debe tenerse en cuenta que en toda comunidad se configurarán sectores minoritarios, y más precisamente, sectores minoritarios que siempre estarán destinados a serlo, por su misma definición (así las minorías raciales, lingüísticas, culturales, religiosas o de cualquier otro tipo). Una minoría, sea coyuntural o permanente, y más en este último supuesto, sólo estará dispuesta a integrarse en una comunidad política con una fórmula política concreta, si se establece una garantía de defensa de sus propias características,

9 Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, págs. 80 y sgs,

o al menos de aquéllas que se estimen como irrenunciables, incluso frente al resto (mayoritario) de la comunidad. Ello supone que la definición constitucional de la fórmula política integra, como parte de su mismo concepto, un aspecto o elemento pacticio: no necesariamente formalizado (aunque puede que la Constitución asuma esa forma) pero sí traducido en determinadas disposiciones que, al garantizar la protección de las minorías, permiten su integración e identificación en una comunidad, pese a que, estructuralmente, vayan a encontrarse en una situación de desventaja.

El consenso constitucional puede ser, en la práctica, más o menos amplio; pero la definición de la comunidad (si se acepta el principio democrático) debe partir, al menos en teoría, de la presencia de ese consenso. La manifestación de su existencia suele llevarse a cabo mediante de procedimientos de aprobación que garanticen un apoyo a la Constitución que sea lo más incluyente posible: mayorías parlamentarias reforzadas, o sometimiento del texto a referéndum popular, por poner algunos ejemplos. Lo que justifica que la modificación de los mandatos constitucionales consensuados deba llevarse a cabo también por vías reforzadas que aseguren el mantenimiento de ese consenso. Y ello difícilmente puede considerarse opuesto al principio democrático; por el contrario, es el consenso sobre la integración en la comunidad el que hace posible que el principio democrático sea efectivo en la toma de decisiones que todos se comprometen a aceptar¹⁰.

Una expresión peculiar (y no necesariamente patológica) de la relevancia del consenso inicial para la misma admisión de la proclamación constitucional de la comunidad política y la definición de la fórmula política, es la presencia en muchos supuestos de compromisos constitucionales apócrifos; esto es, la inclusión de fórmulas constitucionales que no pretenden el

10 Para un análisis de la Constitución como “consenso fundamental”, ver J.J.GOMES CANOTILHO, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004, págs. 104-105, con especial referencia a John RAWLS.

establecimiento de mandatos o reglas precisas, sino únicamente salvaguardar un acuerdo global sobre la instauración de un régimen constitucional, incluso sin llegar a un acuerdo concreto en determinadas cuestiones. La aceptación de esas reglas por los diversos sectores integrantes del consenso constitucional deriva de su misma imprecisión, imprecisión que permite una comprensión inicialmente diversa de su significado, y, por ello, el mantenimiento de una apariencia de acuerdo que hace posible una formalización del pacto constitucional¹¹.

4. La supremacía de la Constitución como supremacía procedimental.

Ello conduce a considerar que la supremacía de la Constitución es esencialmente una supremacía procedimental. Una Constitución no puede razonablemente aspirar a la vigencia perpetua de sus preceptos; por ello, no puede prohibir que se aprueben normas contrarias a sus disposiciones. Lo que sí establecen, ordinariamente, los textos constitucionales, es que esa aprobación de preceptos que alteren sus mandatos habrá de llevarse a cabo mediante un procedimiento especial de reforma constitucional. En consecuencia, la actividad de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional es en la práctica, una actividad de control del procedimiento seguido para la aprobación de normas. Una norma que altere los mandatos constitucionales deberá seguir el procedimiento previsto para la reforma constitucional, en lugar del procedimiento legislativo ordinario. El Tribunal Constitucional tendría una función similar al del guardavías en una línea férrea, señalando que vías deberá seguir (o, más frecuentemente, debería haber seguido) el proyecto normativo para poder ser aprobado legítimamente¹².

11 Para una aplicación de esta fórmula al caso español, ver el artículo de M. HERRERO DE MIÑÓN, "Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional" en *Revista de Estudios Políticos*, mayo, 1979, págs. 73 y sgs.

12 Me remito a este respecto, a mi artículo "La reforma constitucional. Elementos formales y materiales" publicado en las XXVI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, *La reforma constitucional*, Madrid, 2005, págs. 515-520.

Debe señalarse que esa supremacía procedimental de la Constitución es aplicable, no sólo respecto de la aprobación de las leyes, sino también de la ratificación de acuerdos internacionales, y aún de la misma reforma de la Constitución. Se ha podido señalar así que no es imposible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, cuando su incorporación al texto constitucional no se ha llevado a cabo de acuerdo con los requisitos formales establecidos en el mismo para su reforma. Ha podido incluso afirmarse en algún caso que cuando la alteración de los mandatos constitucionales es de tal calado que se ven afectados los principios básicos de la Constitución, ni siquiera el procedimiento de reforma por el “poder constituyente constituido” es suficiente, haciéndose necesaria la actuación del poder constituyente originario, esto es, el que definió inicialmente el consenso constitucional.

El conocido caso *Kesavananda Bahrati v. State of Kerala (1973)* representa el ejemplo clásico, en Derecho constitucional comparado, de esta posición, al establecerse por el Tribunal Supremo de la Unión India que una determinada alteración constitucional no era viable por el procedimiento de reforma constitucional, sino que necesitaba la celebración de una nueva convención constituyente. De acuerdo con la doctrina sentada en esa sentencia, una reforma constitucional que alterase la “estructura básica” de la Constitución de la India (en este caso suprimiendo el carácter fundamental del poder judicial como guardián de los derechos fundamentales) sería contraria a la Constitución. La mayoría del Tribunal Supremo estimó que sólo una nueva asamblea constituyente podría adoptar una decisión tendente a modificar la misma estructura básica de la Constitución. De otra forma, habría de estimar que los propios constituyentes habrían decidido autorizar que, mediante enmiendas parciales, se pudiera destruir la Constitución en su esencia. El Tribunal Supremo vino así a separar netamente, incluso con consecuencias procedimentales, el poder constituyente originario del constituido¹³.

13 Ver Burt NEUBORNE, “The Supreme Court of India” en *International Journal of Constitutional Law*, julio 2003, pág. 491

5. La extensión de las Constituciones.

La supremacía constitucional sería así, como se apuntó, una supremacía procedimental en cuanto fuerza al legislador a seguir procedimientos reforzados para la alteración del ordenamiento en determinados casos. De cualquier forma, esta supremacía restringe la libertad del legislador, y el ámbito en que la voluntad popular usualmente se expresa, esto es, la ley ordinaria. Los procedimientos agravados de reforma constitucional (en realidad, todo procedimiento legislativo agravado) constituyen un elemento excepcional en cuanto desviación del principio general de decisión por mayoría. Por ello, exigen una justificación, justificación que, como se señaló, se encuentra en la necesidad de un consenso sobre la definición de la comunidad política.

De ello resulta también que, desde una perspectiva democrática, las materias reservadas a esos procedimientos reforzados deben delimitarse y restringirse al máximo. Ello justificaría, en principio, la brevedad de las Constituciones escritas, que deben recoger aquellos elementos estrictamente necesarios para la definición de la comunidad política en términos de integración: la afirmación de la voluntad política de existencia de esa comunidad, los elementos simbólicos, cuya importancia integradora no hay que minusvalorar, la regulación de los mecanismos de atribución y distribución del poder, y *last but not least*, las garantías constitucionales (derechos fundamentales). Estos dos últimos elementos (clásicos para toda Constitución, desde el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) en su configuración peculiar en cada sistema, asegurarían la posición, dentro de la comunidad política, de los sectores y grupos que en ella se integran.

El problema surge, como es evidente, cuando en la Constitución se incluyen regulaciones no relacionadas con la necesidad de un consenso e integración inicial. Tales regulaciones, a pesar de la innecesariedad de su presencia en el texto constitucional, quedan protegidas también por el procedimiento reforzado de reforma, y

por ello, resultan (relativamente) inmunes a la acción del legislador democrático. La “devaluación” de la ley ordinaria en esos supuestos (en cuanto incapaz de regular las materias objeto de tratamiento constitucional) no aparecería justificada. En algunos casos, puede tratarse de cláusulas constitucionales estrictamente retóricas, pero en otros casos se trata de disposiciones que, sin causa aparente, “blindan” a sectores o a intereses frente a la acción del legislador, sin que (al menos a primera vista) aparezca una razón de peso para ello.

Esta inclusión en la Constitución de regulaciones innecesarias para la función de la norma básica puede deberse a simple impericia o inconsciencia del constituyente, o, quizás con más frecuencia, al influjo de intereses coyunturalmente prevalentes en el momento de la redacción y aprobación de la Constitución. Y ciertamente, cabría hablar en este caso de devaluación de la ley, y de restricción injustificada del alcance del principio democrático. Ahora bien, se trata de normas específicas, localizables y aisladas, y, usualmente, sometidas, en cuanto excepción, a una interpretación restrictiva. Por lo general, las Constituciones son cortas, y por ello sus mandatos sustantivos no suelen conducir a una excesiva “constitucionalización” del ordenamiento.¹⁴

6. Ley y valores constitucionales.

Esa constitucionalización, sin embargo, y el consiguiente detrimento de la posición del legislador sí puede producirse por otra vía: la de la hipertrofia de los denominados “valores constitucionales”, en cuanto objetivos, principios y criterios abstractos de actuación de los poderes públicos (y de los ciudadanos) presentes en el texto constitucional.

¹⁴ Es cierto que hay constituciones de gran extensión, que se refieren a un ámbito muy amplio de materias. Pero ello no es criticable en todo caso; en muchos supuestos ello se debe, no tanto a una falta de experiencia constitucional, o a la técnica defectuosa de sus redactores, cuanto a la necesidad de enfrentarse con graves problemas de integración que, sobre todo en sociedades multiculturales, exigen tomar en cuenta una gran cantidad de elementos que se consideran esenciales por los grupos y sectores que forman la comunidad política.

El origen y justificación del “constitucionalismo de valores” es bien conocido. El predominio de la interpretación valorativa de la Constitución tiene en gran manera su origen en la experiencia de entreguerras, y en las consecuencias de ella deducidas por el Derecho constitucional y la doctrina alemanas; doctrina ampliamente aceptada por las Constituciones de las oleadas posteriores de democratización y creación de regímenes constitucionales, primero en la Europa del Sur y posteriormente en la Europa Central y del Este. A partir sobre todo de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y en sucesivas fases de establecimiento de regímenes constitucionales, las Constituciones de los diversos países europeos (y desde luego la Constitución española) han incluido en sus textos proclamaciones de valores y principios que pretenden servir de valladar frente a una nueva perversión y falseamiento del orden constitucional, y a una vulneración, con aparente amparo en la literalidad de las normas, de los mismos fundamentos del régimen constitucional.

Estos valores se integran dentro del cuerpo de la Constitución, y se configuran como guía para la interpretación de sus preceptos; también como criterio de interpretación y aplicación de todo el ordenamiento. Pero no cabe olvidar (y sobre ese tema se ha ocupado abundantemente la Teoría del Derecho) que los preceptos definidores de esos valores presentan una “textura abierta” que no permite considerarlos como reglas precisas de conducta de los poderes públicos (ni de los particulares)¹⁵. Por ello no pretenden, obviamente, sustituir al conjunto de los mandatos constitucionales o legales, ni colocar al resto de las normas, en sus diversos niveles, en una posición subordinada a las deducciones que quieran extraerse del contenido de esos valores. En consecuencia, el orden constitucional de valores no puede erigirse en un entramado conceptual que ofrezca la solución “justa” en todo caso a los conflictos que se planteen, con independencia de las concretas regulaciones existentes, convirtiendo

15 Ver al respecto Luis PRIETO SANCHIS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 2002, especialmente págs. 176 y sgs.

a toda aplicación del Derecho en aplicación de la Constitución. La hipertrofia del empleo de los valores o principios constitucionales puede conducir, en efecto, a una “constitucionalización” del ordenamiento, al derivarse de ellos mandatos que no están incorporados a norma legal (o constitucional) sustantiva alguna. Se corre así el riesgo de que la aplicación de las normas legales sea sustituida por la aplicación de lo que se considera (en forma muchas veces subjetiva) el contenido de un valor constitucional.

La hipertrofia del enfoque valorativo puede cobrar especial gravedad en el momento en que se adoptan decisiones que suponen la definición última de lo que es el Derecho en cada caso concreto, esto es, la adopción de decisiones por los Tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la jurisdicción constitucional. Es lugar común, y de difícil refutación, que la variedad de las situaciones y conflictos presentes en la vida social hace imposible que haya un legislador omnicompreensivo, capaz de prever todos los tipos de casos en que ha aplicarse la norma legal (o, mejor dicho, el conjunto de normas que regulan cada situación). Ello convierte al juez forzosamente en creador de Derecho en cada caso, al transformar un mandato abstracto en una regla concreta de conducta, de acuerdo con la peculiaridad del supuesto de hecho de que se trate. El juez crea Derecho en el caso, y también, en el caso de los Tribunales Superiores, establece pautas que, al ser seguidas por otros Tribunales, se convierten en “Derecho vivo” de alcance general. La interpretación judicial de la ley es pues algo naturalmente inserto en la vida jurídica; y también es parte usual de los mecanismos de aplicación del Derecho, y debe serlo, que esa interpretación se lleve a cabo desde los criterios constitucionalmente establecidos, siguiendo el sistema de valores constitucional.

Interpretación de la ley no tiene por qué significar sobredimensionamiento del papel de los valores constitucionales, sobredimensionamiento que puede dar lugar a múltiples problemas. Un primer orden de dificultades, derivadas de la excesiva proyección de esos valores sobre la aplicación judicial del ordenamiento se

refiere a la posible multiplicidad de interpretaciones en presencia, debida a la estructura propia del poder judicial, como poder no jerarquizado, donde cada órgano jurisdiccional es titular de ese poder “sometido únicamente al imperio de la ley”. Si a las dificultades inherentes a toda operación de interpretación de la norma legal aplicable vienen a unirse las que derivan de la interpretación de los valores y principios constitucionales (enunciados, como se dijo, con una “textura abierta”) considerados como elemento determinante de la decisión, la posibilidad de discrepancias entre tribunales, con la consiguiente falta de certeza del Derecho se hace evidente. De especial relevancia resulta, en este supuesto, no sólo la pertinencia de una autodisciplina del juzgador en cuanto a la aplicación directa de principios y valores, sino también de la existencia de vías de unificación de la jurisprudencia de los tribunales, de acuerdo con directrices emanadas del vértice de la jerarquía jurisdiccional. En Derecho español, si bien existe una previsión en este sentido referida a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al establecerse en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que jueces y Tribunales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” falta un precepto similar en lo que se refiere a la fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, jurisprudencia que, tanto desde el punto de vista cualitativo (poder de persuasión) como cuantitativo no reviste menor trascendencia que la constitucional.

Pero aún más: la fuerza unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ve debilitada por la discordancia entre las altas jurisdicciones respecto del alcance de esa jurisprudencia. No es necesario aportar ejemplos al respecto en estas líneas, en lo que atañe a nuestro país¹⁶; tampoco faltan en otros contextos¹⁷. En

16 Ver, por ejemplo, Manuel ARAGON, “Relaciones Tribunal Constitucional- Tribunal Supremo” en Revista Española de Derecho Constitucional, 76 (2006) págs. 169-178

17 Para una perspectiva más general, es muy útil el libro de Rosario SERRA CRISTOBAL, La guerra de las Cortes, Madrid, 1999

cualquier caso, sin una ordenación clarificadora sobre la importancia y posición respectiva de las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional resultará difícil obtener el grado necesario de certeza respecto del significado e interpretación de los valores constitucionales en cada caso concreto. Aunque, desde luego, también podría aducirse que los problemas en cuestión se verían reducidos si se produjera una cierta autorrestricción a la hora de aplicar valores y principios.

7. Jurisprudencia constitucional y primacía de la ley: la “interpretación conforme”.

Ahora bien, el verdadero problema, desde una perspectiva democrática, reside en la posibilidad de que quede distorsionado el papel de la jurisprudencia, tanto constitucional, como ordinaria, en perjuicio del papel de la ley, tal como es aprobada por los órganos parlamentarios. Distorsión que llevaría a que los jueces, ordinarios o constitucionales, vinieran a sustituir a la voluntad popular, representada por el parlamento, a la hora de elegir entre las diversas posibilidades legítimas de regulación que en una determinada materia ofrece la Constitución. Y ello incluso en aspectos tan delicados (y aparentemente desligados de toda discrecionalidad) como pueden ser los derechos constitucionales. Pues un elemento nuevo, en la historia del constitucionalismo europeo, es la posibilidad de que la acción de los tribunales (y sobre todo los tribunales constitucionales) en aplicación del Derecho, y sobre la base de los valores y principios constitucionales, vaya más allá de la necesaria interpretación de las normas legales (incluido el elemento creador que ello implica, como se dijo) y se convierta en una tarea de creación *ex novo* de normas jurídicas no queridas ni previstas por el legislador (ordinario o constituyente) o en una reformulación de normas ya existentes sin conexión con la voluntad del legislador, tal como se desprende de su literalidad.

Un posible ejemplo de los peligros para la primacía de la ley derivados del uso de las proclamaciones de valores constitucionales (o,

también, de una aplicación extensiva de cláusulas constitucionales sustantivas) sería la utilización inapropiada de la técnica denominada “interpretación conforme” consistente en evitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, si existe la posibilidad de interpretarla, dentro de sus términos literales, de forma que no resulte en desacuerdo con la Constitución¹⁸. Esta técnica, que se justifica teóricamente como expresión del respeto del juez hacia el legislador (ya que implicaría asumir que el legislador no quiso que, de los diversos sentidos posibles de una norma, fuera el contrario a la Constitución el que determinase su forma de aplicación) se ha revelado como muy conveniente, al evitar vacíos indeseables del ordenamiento, y al suponer un cierto diálogo entre legislador y juez. Ahora bien, llevada más allá de sus límites razonables puede dar lugar a que se haga decir a la norma algo que no sólo no fue lo previsto por el legislador, sino que, incluso, represente lo contrario de la voluntad de éste. Ello se produce, en ocasiones, mediante una auténtica distorsión de la literalidad de la norma, que ya no dice en su versión jurisprudencial lo que resulta de sus términos, sino lo que el juzgador ha establecido como interpretación adecuada a la Constitución.

La interpretación conforme implica, en todo caso (incluso en supuestos de su conveniente utilización) una disminución de la certeza en el Derecho, por cuanto que cualquier desviación de la interpretación literal de la norma hace necesario acudir a fuentes complementarias de conocimiento, para establecer lo que sea el “Derecho vivo” derivado de la construcción jurisprudencial. Pero supone también, pese a la justificación teórica de ese tipo de interpretación, una devaluación del papel del legislador, por cuanto cabe suponer que la voluntad “real” del legislador sería la que se deduce del tenor literal de la norma y no la supuesta por el órgano jurisdiccional; y aún más, en ocasiones cabría dudar de que, si el legislador hubiera sabido que sus mandatos

18 Puede encontrarse una acabada descripción de esta técnica en Francisco Javier DIAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 1997

iban a interpretarse de modo “conforme” “hubiera procedido efectivamente a emitirlos.

8. Ley, derechos sociales y jurisprudencia constitucional.

La devaluación del papel de la ley se hace especialmente preocupante desde la perspectiva de la realización del Estado social de Derecho, en cuanto que esa realización supone no sólo la disposición de cuantiosos recursos públicos sino además y necesariamente el establecimiento de un orden de prioridades en esa disposición. Y en este aspecto, el papel de legislador, en cuanto provisto de una legitimidad democrática, se revela como insustituible. No obstante, la pretensión de extraer directamente de la Constitución (sobre todo del orden de valores en ella establecido) reglas relativas a la actividad prestacional de los poderes públicos puede poner en peligro la misma racionalidad de esa actividad. La cuestión se ha planteado en algún caso en nuestro país, y con mayor intensidad en otros contextos, en relación con las consecuencias económicas de las decisiones de la jurisdicción constitucional en materia de los denominados “derechos sociales” establecidos en la Constitución¹⁹.

Desde luego, no cabe minimizar el papel del juez constitucional en la interpretación de los derechos constitucionales. En su concepción clásica (derechos del individuo frente a los poderes públicos) así como en concepciones más recientes (derechos fundamentales como derechos también entre terceros particulares) uno de los problemas que se plantean es buscar el equilibrio entre los derechos de la persona y las necesidades generales de la convivencia por un lado, y los derechos de los demás por otro. Un ejemplo de lo primero podría ser el equilibrio entre el derecho de manifestación y las necesidades del orden público (art. 21.2 CE); de lo segundo, la necesidad de armonizar el derecho a la libertad de expresión

¹⁹ Para una visión general de los costes de la justicia constitucional, ver Ignacio VILLAVERDE MENENDEZ, “Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una visión de su tutela ante el Tribunal Constitucional” en *Fundamentos*, 4 (2006) págs. 351-384

(art. 20.1.a) CE) con el derecho al honor, y a la intimidad (art. 18.1 CE). El papel del legislador es establecer, en la medida de lo posible, las líneas generales de ese equilibrio, pero no es posible minimizar el papel del juez, tanto en el orden constitucional como en la jurisdicción ordinaria, para verificar el cumplimiento de los mínimos constitucionales indisponibles.

Ahora bien, la cuestión se hace más compleja en el supuesto de que se trate de derechos constitucionales que impliquen una acción positiva de los poderes públicos, o, más precisamente, una asignación de recursos públicos para su efectiva realización. Tal sería el caso, desde luego, de muchos de los llamados “derechos sociales” (trabajo, seguridad social, pensiones, vivienda) pero también de derechos de carácter fundamental (educación, tutela judicial). Si partimos del dato ineludible de la limitación de los recursos disponibles, la atención al cumplimiento de los derechos constitucionales en cuanto dependen de la asignación de esos recursos deberá obedecer a un orden de prioridades. No será posible obtener a la vez el nivel deseable de dotación de centros educativos, órganos judiciales, viviendas de protección pública, pensiones, y prestaciones públicas sanitarias, por ejemplo, aun cuando se trate de materias previstas constitucionalmente como generadoras de derechos ciudadanos.

Así, en el caso español, el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la igualdad de derechos de los cónyuges supervivientes en cuanto a la titularidad de pensiones de la seguridad social²⁰ (extendiéndose tales prestaciones a los varones) supuso sin duda una carga adicional para los recursos públicos, al aumentar necesariamente los fondos destinados a pensiones; en el caso de Italia, las decisiones de la Corte Constitucional referentes a

20 Así en las SSTC 103 y 104/1983. Resulta especialmente significativo el voto particular a la STC 103/1983 de los Magistrados AROZAMENA y PERA VERDAGUER. Las consecuencias de la aplicación del principio de igualdad por el Tribunal pueden consultarse en M. GONZALEZ BEILFUSS, Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, 2000.

prestaciones públicas mediante el tipo de sentencia interpretativas conocidas como “aditivas de principio” no dejaron de causar una viva discusión en cuanto al coste que suponían para el erario público, y, en consecuencia, sobre los recursos disponibles para otras áreas, al verse reducidas sus asignaciones presupuestarias²¹; y en América Latina la cuestión se ha planteado igualmente en relación con la incidencia de la jurisprudencia constitucional en la distribución de los recursos públicos²².

La pregunta en estos casos es simple: ¿Quién debe establecer el orden de prioridades en la asignación de recursos públicos para la satisfacción de derechos constitucionalmente consagrados? La respuesta en un régimen democrático parece evidente: en cada momento, la selección entre las diversas opciones habrá de derivar de la voluntad popular, manifestada en elecciones libres y representada en el Parlamento: las elecciones suponen precisamente la oportunidad para que los ciudadanos escojan entre alternativas igualmente legítimas. Y ello supone que será la ley (básicamente la ley presupuestaria) la encargada de plasmar ese orden de prioridades. No obstante, se ha apuntado, en no pocas ocasiones, el peligro de que las decisiones de la jurisdicción constitucional, partiendo de una interpretación de los valores constitucionales que se superpone a la voluntad de la ley, lleven a cabo una redistribución de recursos que obedece más a la opinión de esos órganos judiciales que a la decisión emanada del parlamento. El reconocimiento de derechos (sociales o de otro tipo) conlleva, en múltiples ocasiones, la necesidad de asignar recursos públicos a su satisfacción, lo que implica forzosamente la disminución de los

21 Sobre esta cuestión, Roberto ROMBOLI, “Italia” en Eliseo AJA (Ed.) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Barcelona, 1998, págs. 89-135

22 Rubén HERNANDEZ VALLE, “La tipología de las Sentencias constitucionales con efectos fiscales” en VVAA, La jurisdicción constitucional, San José de Costa Rica, 1993, págs. 119-148; Salomón KALMANOVITZ KRAUZER, “Constitución y modelo económico” en AAVV, El debate a la constitución, Bogotá, 2002; Rodrigo UPRIMNY “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía” en M. GARCIA, C. RODRIGUEZ y R. UPRIMNY, ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, 2006.

fondos destinados a otras necesidades, quizás a la satisfacción de necesidades derivadas de otros derechos

No cabe dudar de la relevancia de los mandatos constitucionales (en forma de principios o de reglas) a la hora de fijar esa distribución. Y al respecto, su fijación por el legislador resulta una exigencia tanto del Estado democrático, como del Estado social de Derecho. La actuación y primacía de legislador en este campo supone el establecimiento de un orden de prioridades a la hora de repartir recursos escasos, basado en un programa que ha sido aprobado por la representación popular, y que se ha visto, o deberá verse, sometido a la ratificación que emanad de los procesos electorales. Por el contrario, el establecimiento de prioridades específicas por la jurisdicción constitucional, en sentencias recaídas en casos concretos, obedecerá forzosamente a las pretensiones que ante esa jurisdicción se deduzcan, en casos o supuestos a resolver según el momento de su presentación, que puede depender de circunstancias imprevisibles. El principio *first come, first served* no puede establecerse como regla de satisfacción de derechos sociales, ni de distribución de recursos públicos; y como consecuencia, la jurisdicción constitucional se encuentra ante una exigencia de deferencia al legislador particularmente intensa cuando se trata de decidir sobre la atribución de fondos públicos para la satisfacción de derechos sociales cuya instrumentación atribuye la Constitución a la ley.

LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA EN TORNO A LAS INTERFERENCIAS ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DERECHOS A LA HONRA Y A LA VIDA PRIVADA

VÍCTOR BAZÁN^(*)

SUMARIO: I. Preliminar.- II. Perfiles de la libertad de información y de otros derechos, como la honra y la vida privada, y un acercamiento a la interacción y fricciones entre ellos.- III. De confluencias y tensiones. La ponderación de valores y los valores de la ponderación.- IV. Límites de la libertad de información y de los derechos a la honra y la vida privada en la jurisprudencia

1 (*) Profesor Titular de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de “Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA, 2011). Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (Sede Regional Montevideo). Miembro Asociado de la *International Academy of Comparative Law* (París, Francia). Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro de los Institutos Iberoamericanos de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y paralelamente Director de la Sección “Derechos Humanos” de dicha Asociación. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Magistrado Presidente de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan. Autor, coordinador y coautor de aproximadamente setenta (70) libros y doscientos (200) artículos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos publicados en Argentina y en el exterior.

de la Corte Suprema de Justicia argentina. Algunos criterios para zanjar los eventuales conflictos entre ellos.- V. Digresión sobre ciertas cuestiones actuales en materia de libertad de expresión en Argentina.- VI. El “Caso Kimel vs. Argentina” resuelto por la Corte Interamericana, y algunos cambios en el escenario jurídico argentino en materia de calumnias e injurias.- VII. Valoraciones conclusivas.-

I. Preliminar

Para recorrer el camino propuesto en la indagación que preanuncia el título de esta contribución, en primer lugar intentaremos perfilar conceptualmente la libertad de información y otros derechos, como la honra y la vida privada, y describir el sustento que todos ellos receptan en la Ley Fundamental argentina y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que, por conducto de la innovación constitucional de 1994, se ha deparado jerarquía constitucional.

Tomando tales insumos conceptuales y jurídicos como plataforma de lanzamiento, exploraremos algunas interferencias y tensiones que pueden generarse, y de hecho así sucede, entre la libertad de información, por una parte, y la honra y la vida privada, por la otra; las que no pueden ser dirimidas *a priori* e *in abstracto*.

En tal confluencia temática, discurrida en el escenario del Estado Constitucional de Derecho, nos acercaremos a una cuestión significativa: la utilidad que para superar esos episodios friccionales puede proporcionar a los jueces la técnica de la ponderación, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad.

Seguidamente, y adentrándonos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, la Corte o la Corte Suprema), enfocaremos algunos límites que ella ha impuesto respectivamente a la libertad de información y a los derechos a la honra y la vida privada, y presentaremos ciertos estándares que paulatinamente ha diseñado para superar los eventuales conflictos que entre ellos pueden producirse.

Por cierto, el trabajo estará iluminado por determinadas premisas jurídicas y axiológicas angulares, por lo que no estarán ausentes, *inter alia*, alusiones a: la íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, teniendo siempre presente que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se cercenan tales libertades y el efectivo desarrollo del proceso democrático; el carácter preferente que aquéllas adquieren en la sociedad democrática, entre otros objetivos, para el desarrollo y la protección de los derechos humanos y el control del poder público, lo que no supone indemnidad de la prensa sino que le demanda a ésta un ejercicio ético y socialmente responsable; el distinto umbral de protección frente a la prensa de los particulares y de los funcionarios públicos o de personas que ejercen funciones de naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, partiendo de la base de que estos últimos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad; y la prohibición de censura previa o de cualquier interferencia o presión directa o indirecta que afecte a las mencionadas libertades, debiendo pugnarse por garantizar que las eventuales responsabilidades de la prensa sean siempre ulteriores.

A su tiempo, el epílogo vendrá de la mano de las apreciaciones recapitulativas que se añadirán a las consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

II. Perfiles de la libertad de información y de otros derechos, como la honra y la vida privada, y un acercamiento a la interacción y fricciones entre ellos

1. Advertencia preliminar

Resulta realmente complejo –cuando no imposible– determinar con precisión, y con valor universal, el contenido de algunos derechos fundamentales. Tanto, como ponerse de acuerdo en la denominación de cada uno de ellos, porque no siempre ni en todos los sitios se los identifica de la misma manera ni se les atribuye idénticos alcances, perfiles y límites, aunque respecto de este último ítem, no ignoramos la utilidad hermenéutica que aporta la doctrina del contenido esencial del derecho, que –valga el juego

de palabras— funciona como un límite al límite de los derechos fundamentales.

Por ello, no parece desacertado predicar que los derechos que se anuncian en el epígrafe general de este sector del trabajo son en cierto sentido conceptos jurídicos indeterminados o, utilizando una gráfica expresión, son conceptos jurídicos impredecibles. Así, se revelan fluctuantes y con fronteras móviles, pues dependen de las valoraciones sociales, jurídicas, políticas y culturales, *inter alia*, de cada época y contexto geográfico determinados.

Teniendo a la vista tales prevenciones, intentaremos efectuar aquí algunas breves aproximaciones terminológicas y conceptuales a los aludidos derechos. Por supuesto, sin pretensión alguna de brindar respuesta acabada al problema.

2. Sobre la libertad de información

GELLI recuerda que la *libertad de información* integra el haz de derechos que constituyen la libertad de expresión; incluye el derecho a la información y el libre acceso a las fuentes de aquéllas; los derechos a buscar, transmitir y difundir noticias de fuente propia o ajena, y a preservar la fuente informativa de la interferencia estatal, guardando silencio y no transmitiendo parte de la noticia, lo cual en ocasiones consiste en no indicar quién la genera².

En tren de ilustrar este señalamiento, nótese que la Constitución española en su art. 20.1, inc. 'a' se refiere a la *libertad de expresión*, al decir que reconoce y protege el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"; mientras que en el inc. 'd' da cobertura tuitiva a la *libertad de información*, literalizando la protección del derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...". Dicho artículo, en lo tocante al punto que aquí interesa, se completa con la prohibición de censura previa como restricción al ejercicio

2 GELLI, María Angélica, "Convergencia de las doctrinas 'Campillay' y de la 'real malicia'", *La Ley*, Tº 1998-B, Buenos Aires, p. 295.

de tales derechos (ap. 2) y con el establecimiento de límites a éstos, entre los que especialmente se cuentan el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia (ap. 4).

A modo de fórmula conceptual sintetizadora, puede decirse desde un plano general y primario que la *libertad de expresión* se manifiesta de dos formas específicas: la *libertad de información* y la *libertad de opinión*.

En esa línea pareciera enrolarse la Constitución Política de Colombia en su art. 20³, respecto del cual la Corte Constitucional de dicho país ha dicho en el Fundamento 22 de la Sentencia T-066 de 1998: “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información”.

3 Tal cláusula dispone: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.
“Éstos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

Uno de los aspectos problemáticos que se desprende de este tema es la delgada línea que a veces separa las libertades de información y de opinión. Aquélla, *prima facie*, limitada y susceptible de ser sometida al control de veracidad, mientras que la segunda (en tanto se exterioriza por juicios de valoración) no estaría sujeta a tal test. Si bien en teoría la distinción puede aparecer consistente, no siempre las cosas resultan tan lineales y sencillas, pues por ejemplo –como *mutatis mutandi* advierte BERTONI–, algunas veces la opinión encierra afirmaciones fácticas de las que sí podría exigirse prueba⁴.

A su tiempo, añadiendo otro pliegue a este juego de denominaciones y perfiles semánticos de los derechos que enfocamos, BADENI entiende que la *libertad de prensa* es el ejercicio de la libertad de expresión de manera pública y por medio de cualquier medio técnico de comunicación social⁵.

Luego de las breves consideraciones precedentes vertidas a modo de materia prima conceptual para orientar la indagación que efectuaremos, abordaremos ahora las previsiones que al respecto contiene la normativa argentina. Entre ellas, se cuentan:

- ya antes de la reforma constitucional de 1994, y mantenidas luego de ella, pueden mencionarse las siguientes previsiones, complementadas con la interpretación a la que la Corte Suprema de Justicia las fue sometiendo: el art. 14, en particular lo relativo al derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa; el art. 32, en torno a la prohibición al Congreso Federal de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal; el art. 33, en punto a los derechos y garantías no enumerados; y el art. 28 acerca de la proscripción

4 BERTONI, Eduardo A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 25.

5 BADENI, Gregorio, “La regulación de la libertad de prensa: derecho interno, derecho internacional y tecnología”, *La Ley. Suplemento especial*, Buenos Aires, 15 de noviembre de 1995, p. 13.

de alterar los principios, garantías y derechos – reconocidos en la Constitución– por parte de las leyes que reglamenten su ejercicio;

- por conducto de la aludida innovación constitucional se ha producido un acrecimiento cuantitativo y cualitativo del área de protección de la libertad de expresión por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se ha adjudicado jerarquía constitucional por medio del art. 75, inc. 22, párr. 2^o, v.gr.: el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH–, sobre el “derecho a la libertad de opinión y de expresión”; el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, en punto al derecho a no ser molestado a causa de las opiniones, libertad de expresión –que comprende la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole–, que entraña deberes y responsabilidades especiales y que puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y para la protección de la seguridad nacional,

6 La atribución de jerarquía constitucional se hizo en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales citados en dicho párr. 2^o del inciso analizado, además de consignar que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la sección dogmática) y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los documentos internacionales recipiendarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, en el párr. 3^o de ese inciso se ha estatuido el procedimiento para que el Congreso adjudique tal valencia a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (naturalmente luego de aprobarlos) más allá de los que la Ley Fundamental nomina primigeniamente. Así, y sobre la base de tal atribución congresal se ha deparado cotización constitucional *ex post* a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por conducto de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por medio de la Ley 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

el orden público o la salud o la moral públicas; y el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: CADH), concebido de manera semejante a la última norma citada⁷; y

- además, se ha brindado un plus protectivo al secreto de las fuentes de información periodística por conducto de la parte final del párr. 3° del art. 43 de la Ley Fundamental, referido al hábeas data⁸.

Dicho ello, es conveniente colacionar aquí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo: Corte IDH) se ha encargado de poner de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión: *individual*, es decir, como derecho de cada persona, pues se requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento; y *social*, esto es, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁹.

7 No puede obviarse que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido además, *inter alia*, por la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

8 Cabe aclarar que el párr. 3° del artículo 43 constitucional ha sido desarrollado reglamentariamente por la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (Boletín Oficial –B.O.– de 2 de noviembre de 2000), que, entre otros puntos, prefigura la acción de protección de los datos personales o de hábeas data.

El párr. 3° del art. 1 de dicha preceptiva legal advierte que “[e]n ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas” (la bastardilla nos corresponde), es decir que no sólo diseña un marco protectivo de las fuentes sino también de las bases de datos de información periodística. En línea convergente, el art. 40, *ibid.*, relativo a la “confidencialidad de la información”, estatuye en su inc. 1°, que “[l]os registros, archivos o bancos de datos privados no podrán alegar la confidencialidad de la información que se les requiere salvo el caso en que se afecten las fuentes de información periodística” (énfasis agregado).

9 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A: “Fallos y Opiniones”, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1985, párr. 30; “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 146; “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)”, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73, párr. 64; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, párr. 108; “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párrs. 77/80.

Como puede suponerse, ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma *simultánea* para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos del art. 13 de la CADH¹⁰.

De su lado, es ineludible referirse siquiera brevemente a la íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, pues aquéllas asumen sustancial importancia para la efectiva existencia y vigencia de una sociedad democrática y de la configuración de una opinión pública saludable y pluralista.

En este sentido, es digno de destacar el Preámbulo de la Declaración de Chapultepec (adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994), que —entre otras consideraciones vertebrales— deja sentado que la libertad de expresión y de prensa por cualquier medio de comunicación son la manifestación más directa y vigorosa de la libertad y la democracia, manifestación sin la cual el ejercicio democrático no puede existir ni reproducirse.

En línea convergente, el Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión¹¹, elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión y aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del 2000, señala: que la consolidación y el desarrollo de la democracia dependen de la existencia de libertad de expresión; que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático; que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno, afianzando las instituciones democráticas; y que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de

10 Cfr., por ejemplo, Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 33; “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, cit., párr. 149; “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)”, sentencia de 5 de febrero de 2001, cit., párr. 67; y “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 111.

11 Dicha Declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del art. 13 de la CADH.

expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información. Asimismo, y sin abandonar el tono meramente enunciativo de este elenco de apreciaciones referidas a la enorme trascendencia de las libertades de expresión e información para el sistema democrático, el Principio 1 de la Declaración dispone que “[l]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.

De hecho, la Carta Democrática Interamericana (aprobada el 11 de septiembre de 2001 por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas), señala —entre otros puntos— que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa” (remarcado agregado).

A su turno, la Corte IDH ha enfatizado en numerosas oportunidades la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, afirmando que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre¹².

12 Cfr. Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 70; y, por ejemplo, “Caso Herrera Ulloa”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 112. a

Dicho Tribunal Interamericano ha reenviado a la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos¹³, que se ha pronunciado sobre la importancia que la libertad de expresión reviste en la sociedad democrática, indicando que aquélla “constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue¹⁴.”

Asimismo, nuestro Tribunal regional ha dejado sentado que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁵ y

13 Ver “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, cit., párr. 152; “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)”, sentencia de 5 de febrero de 2001, cit., párr. 69; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 113; y “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, cit., párr. 83.

14 *Vid.* “Scharsach and News Verlagsgesellschaft vs. Austria”, N° 39394/98, § 29, ECHR 2003-XI; “Perna vs. Italy [GC]”, N° 48898/98, § 39, ECHR 2003-V; “Dichand and others vs. Austria”, N° 29271/95, § 37, ECHR 26 February 2002; Eur. Court H.R., “Case of Lehideux and Isorni vs. France”, Judgment of 23 September, 1998, par. 55; Eur. Court H.R., “Case of Otto-Preminger-Institut vs. Austria”, Judgment of 20 September, 1994, Series A, N° 295-A, par. 49; Eur. Court H.R., “Case of Castells vs. Spain”, Judgment of 23 April, 1992, Serie A, N° 236, par. 42; Eur. Court H.R., “Case of Oberschlick vs. Austria”, Judgment of 25 April, 1991, par. 57; Eur. Court H.R., “Case of Müller and Others vs. Switzerland”, Judgment of 24 May, 1988, Series A, N° 133, par. 33; Eur. Court H.R., “Case of Lingens vs. Austria”, Judgment of 8 July, 1986, Series A, N° 103, par. 41; Eur. Court H.R., “Case of Barthold vs. Germany”, Judgment of 25 March, 1985, Series A, N° 90, par. 58; Eur. Court H.R., “Case of The Sunday Times vs. United Kingdom”, Judgment of 29 March, 1979, Series A, N° 30, par. 65; y Eur. Court H.R., “Case of Handyside vs. United Kingdom”, Judgment of 7 December, 1976, Series A, N° 24, par. 49.

15 Cfr. African Commission on Human and Peoples’ Rights, “Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project vs. Nigeria”, Communications N°s 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, par. 54 (cit. por la Corte IDH en el aludido “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 114).

el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁶ se han pronunciado en el mismo sentido.

Para finalizar, y frente al panorama expuesto, la Corte IDH concluye que “[e]xiste entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”¹⁷.

3. Acerca del honor, la vida privada, la intimidad y otros derechos vinculados

A su turno, sin abandonar el plano de los conceptos jurídicos indeterminados y siguiendo referencialmente lo expuesto por NOGUEIRA ALCALÁ, el *honor objetivo u honra* es protegible frente a la intromisión ilegítima –por medio de informaciones inexactas u ofensivas– que viole el buen nombre de la persona o de su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada que por su naturaleza afectan su reputación¹⁸; al tiempo que la *vida privada* en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad, el que consiste –en la visión del autor citado– en “la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado”¹⁹.

16 Cfr. Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, “Aduayom y otros c. Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990)”, dictamen de 12 de julio de 1996, párr. 7.4 (cit. por la Corte IDH en el nombrado “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 114).

17 Cit. por la Corte IDH en el referido “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 116.

18 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2002, pp. 106/107.

19 *Ibid.*, p. 107.

Con todo, *mutatis mutandi* debemos advertir que desde hace tiempo el concepto de intimidad ha recibido una resignificación dejando de ser visualizada sólo como una libertad negativa, pues –por ejemplo– combinada con el *derecho autónomo de autodeterminación informativa* (bien jurídico que subyace en la protección que brinda el hábeas data), ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, superándose precisamente aquel corsé inicial como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase *activa* del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control para la preservación de su libertad informática, espectro en cuyo interior subyace también la nota de exigencia de veracidad y precisión de la información que le concierne²⁰.

Retornando de la digresión anterior, debe precisarse que aquellos derechos reciben la siguiente protección constitucional y de fuente internacional:

- en el art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante también C.N.), en cuanto a que “[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...” y en el citado art. 33 (derechos y garantías no enumerados); y

20 Al respecto, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Año 3, N° 2, Universidad de Talca, Chile, 2005, pp. 85/139; “El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0, CELS - Universidad de Lanús, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 175/205; “El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo”, *Revista de Derecho Procesal [Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus - I]*, N° 4, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2000, pp. 215/268; y “Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa”, en AA.VV., *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 49/158.

- asimismo, han sido consagrados en algunos de los instrumentos internacionales adjudicatarios de cotización constitucional por el art. 75, inc. 2°, párr. 2°, *ibid.*, por caso: el art. 12 de la DUDH, en cuanto a que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; el art. 17 del PIDCP y el art. 11 de la CADH, normas éstas que, a salvo algunos matices, están concebidas en términos similares a la de la DUDH; elenco de disposiciones a las que debería añadirse la contenida en el art. 14 de la CADH, que consagra el derecho de rectificación o respuesta.

A modo de cierre de estas breves líneas sobre el sector de derechos que presentamos, consideramos indispensable resaltar un aspecto medular sobre el que EGUIGUREN PRAELI advierte, al dejar sentado que si bien es cierto que las libertades de expresión e información ostentan singular trascendencia para la vigencia efectiva de un régimen democrático y pluralista, la formación de una opinión pública y la libre difusión de las ideas; *“los derechos a la intimidad personal o, incluso, a la autodeterminación informativa, tienen una importancia que trasciende el ámbito meramente individual, alcanzando una dimensión social indispensable para asegurar el respeto de la dignidad y libertad de la persona, que también constituye fundamento insoslayable de un régimen democrático”* (énfasis agregado)²¹.

III. De confluencias y tensiones.

La ponderación de valores y los valores de la ponderación

Por cierto, la libertad de información, por una parte, y los derechos a la honra y a la vida privada, por otra, generan o pueden

21 EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 22.

originar interferencias y tensiones, las que no son susceptibles de ser resueltas *a priori e in abstracto*, como tampoco lo son en general los potenciales conflictos entre valores recipiendarios de reconocimiento y protección en la Carta Magna y los documentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ésta.

Vinculado estrechamente al Estado Constitucional de Derecho, el neoconstitucionalismo²² ha modificado, *inter alia*, el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo –en cuanto a lo que aquí interesa– una nueva dogmática constitucional caracterizada por la *complejización* del Derecho, el que también se tornó menos previsible, permitiendo que en el terreno de la interpretación constitucional gane espacio la técnica de la *ponderación* de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados, sobre la –hasta entonces– casi exclusiva labor de subsunción a la que los jueces estaban principalmente ceñidos.

22 Se ha advertido que con el nombre de “neoconstitucionalismo” (o, añadimos por nuestra parte, y dada su polisemia, los neoconstitucionalismos) o “constitucionalismo contemporáneo” se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del derecho requerido para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mentar la filosofía política que justifica la fórmula del Estado Constitucional de Derecho (cfr. PRIETO SANCHIS, Luis, voz “Neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel [coordinador], *Diccionario de derecho constitucional*, Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México [Instituto de Investigaciones Jurídicas], México, D.F., 2002, p. 420).

Una síntesis del alcance del neoconstitucionalismo viene propuesta por SASTRE ARIZA (“La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel [editor], *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2003, p. 239), quien se refiere a él expresando que se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, cuya peculiaridad está dada por las características o funciones de algunas Constituciones que aparecen en la segunda postguerra mundial y que se contraponen a las del constitucionalismo antiguo o decimonónico, lo que –en la visión de FIORAVANTI– supone que aquellas Constituciones “representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo” (FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días [1999]*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 163; cit. por SASTRE ARIZA, Santiago, *idem*).

Sobre el tema, ver para ampliar, BAZÁN, Víctor, “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, enero/junio de 2006, N° 7, vol. 2 [“Teoria Constitucional do Direito”], Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo, Brasil, pp. 280/303.

Se acrecienta, así, el margen de acción de la ponderación (“*bilanciamento*” o “*balancing of interest*”²³), pauta consolidada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad. Ello, como método apropiado para formular un “enunciado de preferencia condicionada”²⁴ o trazar una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta distinta en otro supuesto. Todo, claro está, sin perder de vista la utilidad que específicamente en la dimensión de los derechos fundamentales puede reportar como enfoque interpretativo de éstos su *armonización o ajuste* dentro del sistema general de derechos, tal como postula NOGUEIRA ALCALÁ, para resguardar la unidad de dicho modelo que tenga como puntos de partida y llegada la integridad y la unidad de la persona humana y de la dignidad inherente a la misma²⁵.

Mutatis mutandi, PRIETO SANCHÍS —que ha defendido las bondades del método ponderativo— identifica como rasgo característico de éste el que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto²⁶.

Asimismo, el citado autor²⁷ pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los Tribunales, constitucionales o no, para resolver

23 Cfr. O’CALLAGHAN, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 15.

24 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, cit. (*Neoconstitucionalismo[s]*), p. 142.

25 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, pp. 371/372.

26 Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, *Doxa*, N° 23, 2000, Alicante, p. 180.

27 *Ibid.*, pp. 178/180 y nota a pie de página 56.

la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales. Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan las expresiones “proporcionalidad” y “ponderación” como sinónimas; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina como “proporcionalidad en sentido estricto”.

Advierte el catedrático traído en cita que ponderar es “buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas”²⁸, añadiendo que la ponderación “intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia [condicionada] referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”²⁹.

La teoría de la argumentación viene a prestar un significativo servicio a la judicatura al convertirse en un elemento útil en la interpretación constitucional, justamente porque —como acota BARROSO— existen hipótesis (por ejemplo, ante cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados) en las que el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo, donde el magistrado debe demostrar racionalmente que la solución propuesta es la que realiza más adecuadamente la voluntad constitucional³⁰.

28 PRIETO SANCHIS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Serie ‘Derechos y Garantías’, N° 5, Palestra Editores, Lima, 2002 (ver el párrafo transcrito y otras consideraciones interesantes sobre el particular en pp. 128/129).

29 Para el tramo transliterado y otras apreciaciones relevantes sobre el punto, cfr. *ibid.*, pp. 135/136.

30 BARROSO, Luís Roberto, “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, en AA.VV., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, p. 86.

En ese sentido, PRIETO SANCHÍS puntualiza que en el ámbito descripto se reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales, sentido que tiene –a su criterio– la ponderación rectamente entendida³¹. Según explica, los rasgos salientes de la nueva teoría del derecho, que encarna el neoconstitucionalismo, son: omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica alrededor de un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas³².

En un escenario con tales peculiaridades es preciso concebir a la libertad de información como reaseguro de la sana pervivencia de la sociedad democrática, sin perjuicio de lo cual, es igualmente útil que se efectúe a su respecto una hermenéutica razonable que no soslaye la protección que otros derechos y libertades fundamentales merecen cuando la aludida libertad de información entra en interacción con ellos, los que –como se anticipaba– resultan igualmente custodiados por el manto de las normativas constitucional e internacional. Y es precisamente en este ámbito donde la tarea de ponderación adquiere una relevancia sustancial en tanto no existe *a priori* una determinación de prevalencia de un derecho sobre otro, es decir que en principio todos receptan valencia homóloga.

Consistente con la textura y la importancia del asunto que venimos presentando, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha dejado bien en claro que el “derecho de prensa” ostenta el carácter de una “libertad preferida”, aunque ello no implica que el ejercicio

31 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.* (*Neoconstitucionalismo[s]*), p. 157.

32 *Ibid.*, pp. 131/132.

del derecho de informar pueda extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales³³. Por consiguiente, y como premisa genérica, el Máximo Tribunal nacional entiende que el “lugar eminente” que tiene el derecho de buscar, dar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio³⁴, debido a que el constituyente “no tuvo el propósito de asegurar la impunidad de la prensa”³⁵.

Aunque suene a lugar común, para afirmar lo anterior el Supremo Tribunal argentino parte de razonar que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, como reiteradamente lo ha advertido la Corte IDH³⁶. Y ello porque el art. 13.2 de la CADH prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, causales que deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa³⁷.

Coherente con tales prevenciones, la Corte Nacional ha establecido que los remedios reparadores son los previstos en la ley común civil y penal, y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una “adecuada medida de protección” a los otros derechos en tensión, ya que “la ligereza en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad conspiraría contra la formación de una prensa

33 *Vid.* “Costa, Héctor Rubén c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos y otros”, de 12 de marzo de 1987 (*Fallos*, 310:508), entre otros numerosos precedentes.

34 *Fallos*, 324:4433.

35 Ver “Campillay, Julio César c. La Razón, Crónica y Diario Popular”, de 15 de mayo de 1986 (*Fallos*, 308:789); “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, de 11 de diciembre de 1984 (*Fallos*, 306:1892, voto del juez Petracchi, consid. 10); etc.

36 Cfr., por ejemplo, Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135, párr. 79.

37 Cfr., v.gr., Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 39; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit. párr. 120; y “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, cit., párr. 95.

vigorosa –en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir– y ello entorpecería el desenvolvimiento de la función esencial de control de la cosa pública que lleva a cabo la prensa en una república”³⁸.

Por último, no puede soslayarse que tales pautas tuitivas de la libertad de expresión e información son igualmente consistentes, *inter alia*, con el Principio 5 de la citada Declaración de Chapultepec, que establece que “[l]a censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa”; y con el Principio 5 de la aludida Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que reza: “La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”.

IV. Límites de la libertad de información y de los derechos a la honra y la vida privada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. Algunos criterios para zanjar los eventuales conflictos entre ellos

1. La indagación por emprender

Bosquejados sucintamente algunos insumos conceptuales para una mejor comprensión del análisis por efectuar, en este segmento del trabajo pasaremos a delinear los ejes que vertebran el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema argentina en un sector de actividad jurisdiccional en el que se despliegan las vinculaciones y tensiones de sensibles derechos, libertades, principios y valores

38 *Fallos*, 319:3085, voto de los doctores Belluscio y López, consids. 5° y 6°; *Fallos*, 324:4433, consid. 9°.

constitucionales, los que pueden sintetizarse –primariamente y en un ejercicio extremo de simplificación– como: la libertad de expresión e información, por un lado, y el derecho a la honra y a la vida privada (y demás vinculados a éstos), por el otro.

2. Un *leading case*: “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad y los reflejos de aquel fallo en la actualidad

A) Pórtico

Sin lugar a dudas “Ponzetti de Balbín”, emitido el 11 de diciembre de 1984³⁹, es un fallo jurídica y axiológicamente trascendente que nutre a diversos pronunciamientos posteriores. Precisamente, y al solo efecto ejemplificativo, aludiremos a uno reciente, “Franco, Julio César c. Diario ‘La Mañana’ y/u otros”, de 30 de octubre de 2007, en orden a corroborar la vigencia de los postulados sentados en aquella señera causa en el complejo ámbito de intersección de derechos fundamentales como la libertad de información y la intimidad personal y familiar.

B) “Ponzetti de Balbín”

La referencia a “Ponzetti de Balbín” es imposible de soslayar pues constituye un *leading case* dictado en los albores del readvenimiento de la democracia en nuestro país, luego del aciago golpe militar que generó un oscuro y sórdido gobierno *de facto* entre 1976 y 1983. El decisorio abrió el camino para fallos posteriores que, readquiridas algunas libertades fundamentales como la de expresión, fueron perfilando los alcances, límites y vinculaciones de ésta con otros derechos básicos.

³⁹ Ver *supra*, nota 34.

El esquema de votación fue el siguiente: la mayoría estuvo compuesta por los doctores Carrió y Fayt; concurrentemente, en forma conjunta, se pronunciaron los jueces Caballero y Belluscio, mientras que también de modo concurrente –aunque ya individualmente– votó el ministro Petracchi.

La causa se inició con la demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín (un conocido dirigente político fallecido el 9 de septiembre de 1981) contra “Editorial Atlántida S.A.”, propietaria de la revista “Gente y la actualidad”, y Carlos y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista publicó en su portada una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de una clínica, foto ampliada con otras en el interior de la publicación, lo que provocó el sufrimiento y la mortificación de la familia del político y la desaprobación de esa violación a la intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales, eclesiásticas y científicas.

Las instancias de mérito receptaron la acción (reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Balbín), ante lo cual la demandada dedujo recurso extraordinario federal, sustentándose en que el pronunciamiento violaba los arts. 14 y 32 de la C.N.

El Alto Tribunal enfocó la cuestión entendiendo que lo que se encontraba en juego eran los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad consagrado en el art. 19 de la C.N.

Al respecto, advirtió el Tribunal –en el voto mayoritario– que “en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no ha fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones” (consid. 9°).

Así, decidió que la publicación de la fotografía por la revista excedía “el límite legítimo y regular del derecho a la información”, toda vez que “fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado” el doctor Balbín (consid. 10 de la mayoría). Añadió que esa fotografía, “lejos de atraer el interés del público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal”, por lo que, en consecuencia, “la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa” en la revista no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad (id. consid.).

Por su parte, en la concurrencia conjunta de los jueces Caballero y Belluscio, en cuya argumentación se aprecian alusiones a los arts. 13 y 11, incs. 2° y 3°, de la CADH, se concluye que “el lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión –comprensiva de la de información– obliga a particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio. Empero, ello no autoriza al desconocimiento del derecho de privacidad integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución mediante acciones que invadan el reducto individual, máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro” (consid. 8°).

Para concluir esta reseña, resulta útil destacar el razonamiento del juez Fayt (quien también concurrió con la mayoría), el cual ya entonces se refirió al “equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses públicos o privados” y a la “*tarea armonizadora*” del Tribunal, advirtiendo “*el rango superior que en el sistema democrático constitucional que nos rige posee la libertad de expresión*” (énfasis agregado, consid. 14). Por último, el ministro Fayt concluyó su voto coincidiendo textualmente con el remate que elaboraron los doctores Caballero y Belluscio en el consid. 8° transcrito en el párr. anterior (*vid.* consid. 22).

C) “Franco, Julio César”

Brevemente, la progresión de la causa fue la siguiente: El hijo de un conocido abogado de la ciudad de Formosa (provincia del mismo nombre) dedujo acción contra el Diario “La Mañana”, Enrique Read y/o quien resulte legalmente responsable, por el daño moral que le ocasionó la publicación de una fotografía que mostraba el cadáver de su padre, encontrado –tal como indicó– varios días después de su muerte y en avanzado estado de descomposición; asimismo, argumentó que la fotografía había sido tomada furtivamente y publicada sin el consentimiento de sus familiares. La demanda fue receptada en las instancias de mérito y, ante el rechazo por el Tribunal Superior de Justicia de Formosa de los recursos interpuestos, la accionada articuló el recurso extraordinario federal, que fue acordado, aunque finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, lo rechazó y confirmó la sentencia.

El esquema de votación en el Alto Tribunal fue: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, quienes adhirieron al dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante; a su tiempo, la doctora Argibay votó en solitaria disidencia, propiciando hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Formosa y reenviar la causa a fin de que se dicte un nuevo fallo.

Básicamente, las líneas de sustentación del fallo fueron las siguientes:

- dado que el derecho a informar proviene del derecho del público a ser informado, el medio no puede invocar válidamente que sea del interés público conocer el estado físico del cuerpo de una persona fallecida, máxime cuando se trata de un aspecto que pertenece claramente al ámbito de la intimidad personal y familiar, que se difunde sin razón superior que lo justifique y se deja expuesto a la vista de los extraños destruyendo tal condición de lo íntimo, es decir, de aquello que sólo algunos tienen derecho a conocer;

- es razonable el análisis sobre la protección del derecho a la imagen del fallecido efectuada por el tribunal de la causa, al hacer lugar al daño moral reclamado por violación al derecho de privacidad, en cuanto concluyó que *resultaba irrelevante si estaba acreditado o no el lugar donde se tomó la fotografía*, sino que puso el acento en la falta de autorización de los familiares, y en la publicación innecesaria del cadáver para informar sobre la muerte de una persona;
- citando el precedente "Ponzetti de Balbín", recalca que en él se estableció el alcance que cabe dar al derecho a la privacidad, al señalar que "comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen"; para pasar a destacar un párrafo de tal sentencia en punto a que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ella y que sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen;
- que a la luz de la doctrina de dicho fallo, consideró probado y no discutido que la fotografía fue tomada y publicada; de igual manera estimó admitido que no medió autorización expresa alguna para habilitar la obtención de la imagen y su ulterior publicación, razón por la cual sólo juzgó que restaba determinar en orden a los agravios del recurrente si la publicación de la imagen de un cadáver –objetada por el actor, hijo del fallecido– por no haber mediado su autorización, era necesaria a los fines de ejercer libremente la actividad de información sobre el hecho puntual del fallecimiento de una persona; y

- que resultaba irrelevante a los fines de resolver la cuestión si estaba acreditado o no el lugar donde se tomó la fotografía; por el contrario ponen el acento en que no medió autorización, y en que, por tanto, la obtención fue furtiva.

Por su parte, la doctora Argibay sostuvo que:

- reconocer una protección de los sentimientos tan intensa, que la publicación de cualquier imagen deba ser autorizada por las personas cuyos sentimientos podrían verse afectados, colocaría prácticamente a toda la actividad periodística y en particular al fotoperiodismo bajo sospecha y, por ende, bajo el deber de justificar en todos los casos que el interés de la publicación es superior al interés de las personas afectadas en sus sentimientos. En tal sentido, indicó la jueza disidente que un estado de cosas semejante es incompatible con la función primordial de la prensa libre, puesto que la fluidez de su funcionamiento resulta imposible cuando el control sobre la información que es legítimo publicar se torna tan minucioso (consid. 7°);
- las intrusiones en los espacios privados, sea que respondan a un ingreso físico o a la utilización de tecnología audiovisual que posibilite la captación de sonidos o imágenes a distancia, hacen *prima facie* ilegítima la publicación de los registros obtenidos de ese modo, pero por otro lado, la publicación de imágenes tomadas en espacios de libre acceso, es decir, sin violar protecciones dispuestas por las personas para mantenerse fuera de la mirada pública, no constituye, como regla, una violación de la intimidad de las personas; lo que no supone un parámetro absoluto (no cabría reducir la vida privada a los lugares exclusivos), sino solamente un juicio provisional según el cual la injerencia en la vida privada se presume en el primer caso y debe ser demostrada por quien la invoca en el segundo. O, expresado de otra manera: en el primer tipo

de situaciones tiene precedencia el derecho tutelado en el art. 11.3 de la CADH y en el segundo, la libertad de prensa protegida por el art. 14 de la C.N. y 13 de la Convención (id. consid.);

- las publicaciones que inciden en los sentimientos de las personas, pero que no están directamente orientadas a divulgar aspectos de su vida privada, no pueden ser tomadas como un "ataque" en los términos de los arts. 11.2 y 11.3 de la CADH, pues llevar tan lejos el sentido de esta expresión no sólo sería un uso forzado del texto, sino que también sería inconsistente con la relevancia del derecho a la libertad de prensa que es la moneda en que se pagaría el costo de esta ampliación interpretativa del derecho a la intimidad (consid. 8°); y
- es inconsistente con la libertad de prensa condenar a la demandada por la publicación de una fotografía, sin que ella haya sido el fruto de una invasión o intromisión en un lugar privado o exclusivo y sin que tampoco la demandante haya demostrado que, cualquiera fuese el lugar en que se tomó la foto, la publicación estuviese dirigida a inmiscuirse principal o exclusivamente en su vida privada o la de su familia (consid. 10).

Como apretadísimo mensaje final, los posicionamientos del Tribunal dejan al descubierto la pervivencia de las pautas sentadas en "Ponzetti de Balbín" en la percepción actual de –al menos– cinco de los siete jueces que integran hoy el Tribunal, y la existencia de una posición antagónica (de la doctora Argibay), quien habría asumido lo que un sector de la doctrina denomina reglas de prioridad o presunción *prima facie* a favor de uno de los derechos que entran en conflicto⁴⁰.

40 Sobre el tema de las reglas de prioridad, ver FLORES, Oscar, *Libertad de prensa y derecho a la intimidad de los funcionarios públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 395 y ss.

3. En torno al derecho de réplica, rectificación o respuesta en la visión de la Corte Suprema y su conexión con el equilibrio protectorio de la libertad de expresión, por una parte, y de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad, por la otra

A) Liminar

Examinaremos aquí un tándem de fallos para desnudar la percepción del Alto Tribunal en torno a la compleja cuestión que preanuncia el epígrafe: “Ekmekdjian, Miguel Á. c. Sofovich, Gerardo”, de 7 de julio de 1992, que marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia de aquél; y “Petric Domagoj, Antonio c. Diario Página 12”, de 16 de abril de 1998.

B) “Ekmekdjian c. Sofovich”

Por varias razones, este fallo⁴¹ es paradigmático, aunque –constreñidos por el espacio asignado a este trabajo– sólo nos limitaremos a enfocar algunas aristas de interés vinculadas al propósito central de la publicación.

En cuanto a la plataforma fáctica cabe recordar que el actor (un prestigioso constitucionalista hoy fallecido) interpuso demanda contra el Sr. Gerardo Sofovich y ‘Canal 2 de Televisión’, persiguiendo se leyera en el programa ‘La Noche del Sábado’ –emitido en aquel Canal y conducido y producido por Sofovich–, una carta documento para contestarle al Sr. Dalmiro Sáenz, quien había proferido –a juicio del demandante– frases agraviantes en relación con Jesucristo y la Virgen María (en la audición de 11 de junio de 1988).

Va de suyo que el actor canalizaba su pretensión invocando como fundamento el derecho de réplica. La acción fue rechazada en ambas instancias ordinarias, lo que llevó a Ekmekdjian a plantear recurso extraordinario. La denegación de tal remedio, motivó la queja de su parte.

41 *Fallos*, 315:1492.

Por mayoría⁴² la Corte Suprema acogió el planteo del demandante, confiriendo aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase endógenamente; además, interpretó que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” (art. 14.1, *in fine, ibid.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*” (el sobremarcado nos corresponde; consid. 22 de la mayoría), citando el precedente registrado en *Fallos*, 302:1284.

En otras palabras, afirmó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una sentencia judicial, pudiendo el tribunal fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado en el caso concreto (énfasis agregado; consid. 22, *in fine*, de la mayoría).

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente, la circunstancia de que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y, también, al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía supralegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento –al influjo de la abstención legislativa– podría constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa: “*La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado...*” (remarcado añadido; consid. 16 del voto mayoritario). Por ende, la segunda de las hipótesis (“omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”) provocaría la agresión constitucional

42 La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene [h.] y Belluscio.

por omisión y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

Dando un giro copernicano a la trayectoria jurisprudencial desplegada hasta entonces⁴³, viabilizó el derecho de rectificación o respuesta y, en una interpretación de avanzada, entendió que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁴ confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, estableciendo una prioridad de rango que integra el ordenamiento jurídico argentino pues la “convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno” (consid. 18 de la mayoría). En esa dirección añadió que la necesaria aplicación del art. 27 de aquella Convención “impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional” en los términos de dicho art. 27 (consid. 19 de la mayoría).

Asimismo, la Corte Suprema transfundió a su fallo la hermenéutica que la Corte Interamericana realizara respecto de la CADH, sosteniendo precisamente que la interpretación de ésta debe

43 Ver al respecto, por ejemplo, el citado caso “Costa” (nota 32) y los pronunciamientos recaídos en “Ekmekdjian, Miguel A. c. Neustadt, Bernardo y otros”, de 1 de diciembre de 1988 (*Fallos*, 311:2497) y “Sánchez Abelenda c. Ediciones de la Urraca”, de 1 de diciembre de 1988 (*Fallos*, 311:2553).

44 Convención aprobada en Argentina por la Ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

guiarse por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano⁴⁵, para pasar a citar aprobatoriamente la OC-7/86⁴⁶ (ver consids. 21 y ss. de la mayoría), en la que –entre otros aspectos– interpretó el art. 14.1 del Pacto⁴⁷.

45 El criterio trasuntado en tal resolutorio aparece también de algún modo esbozado en “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, de 8 de septiembre de 1992 (*Fallos*, 315:1943).

Es importante recordar, ya respecto de la valencia prioritaria del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en “Ekmekdjian c. Sofovich” la Corte Suprema estableció (ver consids. 18 a 20 del voto mayoritario), que en orden a evitar confusiones interpretativas que lesionaran la supremacía de la Constitución (y su art. 27), se vio precisada a estrechar la primigenia laxitud de aquella afirmación, al declarar en fallos posteriores que “el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino –una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales– asegurar la primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna” –destacado nuestro–: “Cafés La Virginia S.A.”, de 13 de octubre de 1994 (*Fallos*, 317:1282, , consid. 9º de la mayoría) y su remisión a “Fibracon Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, de 7 de julio de 1993 (*Fallos*, 316:1669, consid. 3º).

Algún pronunciamiento anterior a “Ekmekdjian c. Sofovich” sobre la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso registrado en “Firmenich, Mario E.”, de 28 de julio de 1987 (*Fallos*, 310:1476), acerca de la hermenéutica “razonable” del art. 7.5 de la CADH (ver consids. 4º, 6º y 7º de la mayoría).

46 Corte IDH, OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie “A”, “Fallos y Opiniones”, N° 7, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986.

47 La jurisprudencia de la Corte Interamericana nutre, asimismo, a los votos individuales y/o disidentes de algunos de los ministros de la Corte Suprema. Por caso, y sin intenciones de taxatividad, en “Ekmekdjian c. Sofovich” así puede ser constatado de la lectura del voto disidente de los doctores Petracchi y Moliné O’Connor, cuyo consid. 14 refleja la cita de la OC-2/82 (acerca del efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH) y de la OC-1/82 (sobre “otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte), el consid. 16 de la OC-7/86 y de la OC-2/82 y el consid. 17, nuevamente de la OC-7/86 –específicamente, la opinión separada de Gros Espiell–; ya en el voto, también disidente, del doctor Levene (h.), en el consid. 9º –bien que implícitamente– se alude a la OC-2/82 y a la OC-3/83 (sobre restricciones a la pena de muerte) y en el consid. 10, a la OC-7/86.

Por su parte, en “Servini de Cubría”, en el consid. 25 del voto del doctor Fayt se alude a la OC-5/85 (acerca de la colegiación obligatoria de periodistas), referencia reiterada en el voto del doctor Boggiano –consids. 15 a 17, donde también se alude a la opinión separada de Gros Espiell–, en la disidencia parcial del doctor Barra –consids. 12 a 14, tramos donde figuran asimismo referencias a las opiniones separadas de Piza Escalante y de Gros Espiell– y en la disidencia parcial del doctor Petracchi –consids. 25 y 26–.

Ya en el pronunciamiento vertido en “Artigue, Sergio P.”, de 25 de marzo de 1994 (*Fallos*, 317:247), en el consid. 14 del voto del doctor Petracchi se cita la mencionada OC-7/86 –opinión separada de Piza Escalante–.

Finalmente, es digno de rememorar que para la percepción mayoritaria de la Corte, “en el análisis valorativo del denominado ‘derecho de respuesta’, *no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad*, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se aproximen a ese objeto. *Ambos valores deben ser debidamente sopesados, sin perder de vista que, con la respuesta, se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo*” (bastardilla agregada; consid. 10).

C) “Petric Domagoj”

Que ambas instancias de mérito admitieron la demanda del actor, quien invocó ante el Diario Página 12 el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la CADH, con motivo de un artículo que el periódico publicó, en el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación Argentina y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. En definitiva, el accionante sostuvo que lo único verídico de la nota cuya rectificación pretendía, era que colaboraba honorariamente en la “Representación de Croacia”, en prensa y cultura, mientras que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta que había dirigido al demandante.

Interpuesto por la accionada el recurso extraordinario federal pertinente, el mismo fue denegado, lo que motivó el correspondiente

recurso de hecho, el que –por mayoría⁴⁸– fue admitido, aunque se confirmó la sentencia.

Centralmente, el fallo –en la versión mayoritaria– se basó en que el derecho de rectificación o respuesta:

- se circunscribe a las informaciones inexactas o agraviantes emitidas en perjuicio del afectado, debiendo provenir el agravio de los hechos en sí mismos de los que se da noticia –y que el afectado pretenderá eventualmente responder– y no de la formulación de juicios de valor descalificantes, pues una expresión fuertemente crítica podrá dar lugar a otro tipo de respuestas legales (por ejemplo, si cae en el insulto gratuito e injustificado), pero nunca dará ocasión al ejercicio del derecho previsto en el art. 14 de la CADH (consid. 9°);
- es un medio ceñido y acotado que persigue proteger "ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación"⁴⁹, de las interferencias que *prima facie* podrían haber sufrido, dando al afectado la posibilidad de responder aquello que en él se ha dicho (consid. 12);
y
- citando al Tribunal Constitucional español en la Sentencia 168/1986, expresó que “además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone (...) un complemento a la garantía de la opinión pública libre (...) ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la

48 La mayoría estuvo integrada por los doctores Petracchi, López y Bossert; por medio de sendos votos concurrentes se expidieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Boggiano y Vázquez; y, finalmente, el doctor Belluscio planteó su disidencia.

49 Cfr. cit. *Fallos*: 315:1492, 1532, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, consid. 20.

búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege”⁵⁰ (id. consid.).

4. El estándar “Campillay” como regla de exclusión de responsabilidad del medio de prensa y los afinamientos jurisprudenciales posteriores

A) Explicación preliminar

En el presente segmento del trabajo haremos sucinta alusión a un precedente fundamental en el devenir jurisprudencial del Máximo Tribunal Federal argentino en el ámbito temático que analizamos. Nos referimos a la doctrina constitucional diseñada *in re* “Campillay, Julio C. c. ‘La Razón’ y otros”, que presentaremos de modo liminar, refiriéndonos luego a ciertos ajustes y afinamientos a los que en fallos ulteriores la Corte sometió a tal estándar para *aggiornarlo* y/o tornarlo más adecuado al fin para el que fue primigeniamente concebido.

B) El caso “Campillay”

El pronunciamiento recaído en la causa “Campillay” data de 15 de mayo de 1986⁵¹. Reviste trascendencia sustancial pues en él la Corte elaboró una serie de pautas de exclusión de responsabilidad de la prensa que, con afinamientos y aclaraciones posteriores, resultan actualmente de aplicación.

Las instancias ordinarias habían admitido la responsabilidad derivada de la publicación de una noticia errónea que involucraba al actor en la perpetración de diversos delitos –de los que fue sobreseído definitivamente en sede penal–, condenando a los accionados a abonar un resarcimiento en concepto de daño moral. Contra la sentencia de segunda instancia, los codemandados S.A. La Razón y el titular del Diario Popular articularon sendos recursos extraordinarios que, denegados, generaron las respectivas quejas ante la Corte Suprema de Justicia, que aunque fueron acogidas no

50 Cfr. fundamento 5º de tal sentencia.

51 Cit. *supra*, nota 34.

surtieron efecto para modificar la sentencia recurrida puesto que, por mayoría⁵², el Máximo Tribunal procedió a confirmarla.

En su recorrido argumental el voto triunfante advierte que si bien en un sentido amplio la libertad de expresión “*tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189, considerando 4°; 269:195, considerando 5°)*” (bastardilla agregada, consid. 5°). Añade al respecto que “[l]a función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional)” (el énfasis no es del original; cfr. id. consid.).

El consid. 7° de la mayoría deviene medular en el razonamiento que dio origen a la formulación de lo que tradicionalmente se denomina el estándar de “Campillay”. En efecto, y luego de señalar que en el caso que resolvía “las noticias en cuestión aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres”, enfatiza que “[t]al proceder de los diarios demandados, implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas –admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud– imponía *propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial*

52 Los posicionamientos en el Tribunal fueron: por la mayoría, votaron los jueces Belluscio, Petracchi y Bacqué; mientras que en sendas disidencias se pronunciaron los doctores Caballero y Fayt.

o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito ...” (remarcado agregado).

Básicamente entonces, los resortes de funcionamiento de la doctrina “Campillay” como regla de exclusión de responsabilidad del medio de prensa labradas en el precedente que examinamos (o, como las denomina FAYT, “las pautas objetivas de prudencia que deben observarse cuando se da una información”⁵³), se configuran cuando: a) se brinde la información atribuyendo su contenido directamente a la fuente pertinente y, de ser posible, transcribiéndola; b) se emplee un modo verbal potencial; o c) se deje en reserva la identidad de las personas presuntamente implicadas en el hecho ilícito.

C) Algunos afinamientos del modelo “Campillay” en fallos posteriores

Para evitar la desnaturalización del estándar que oportunamente labrara, y paralelamente, mantenerlo *aggiornado* como garantía de su operabilidad, la Corte ha ido perfilando de modo paulatino algunos ajustes y afinamientos de las reglas que lo configuran. Colateralmente, es preciso tener presente que el propio Tribunal lo ha catalogado como “doctrina constitucional” que, cuando es puesta en juego, genera “cuestión federal” suficiente para habilitar su intervención por vía del recurso extraordinario federal.

Así, en sucinta presentación de algunos precedentes que trasuntan la ulterior delimitación del criterio bajo estudio, vale consignar que:

- En la causa “Granada, Jorge Horacio c. Diarios y Noticias S.A.”⁵⁴, de 26 de octubre de 1993⁵⁵, sostuvo que la

53 FAYT, Carlos S., *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el Siglo XXI*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 219.

54 *Fallos*, 316:2394.

55 La plataforma fáctica que dio cuerpo al caso consistía en lo siguiente: a causa de los hechos sucedidos en el mes de octubre de 1985, el Poder Ejecutivo determinó el arresto del actor y de otras personas. Fue así como el Sr. Granada accionó por daños y perjuicios contra “Diarios y Noticias” (DyN), que en la misma fecha en que el aludido decreto fue emitido publicó el despacho 157. Entendió el accionante que tal publicación era injuriosa y lesiva de la buena reputación suya y la de su esposa e hijos.

atribución de la noticia a una fuente debía ser “sincera”, ya que de tal modo la noticia “dejaría de ser propia del medio”, recordando que todo medio es responsable—si se dieran los restantes requisitos— de la falsedad sustancial de las noticias expuestas asertivamente y como propias, que afecten la reputación de una persona; de ahí que no asuma esa responsabilidad cuando utilice un tiempo de verbo potencial, ya que faltaría el mencionado carácter asertivo; o cuando omite la identidad de los implicados, puesto que estaría ausente la afectación señalada; o cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que—como acabamos de anticipar— aquélla dejaría de ser propia del medio (cfr., principalmente, consid. 6° de la mayoría⁵⁶);

- en “Triacca, Alberto J. c. Diario La Razón y otros”⁵⁷, de 26 de octubre de 1993, “Espinosa, Pedro F. c. Herrera de Noble, Ernestina y otros”⁵⁸, de 27 de octubre de 1994 y en la citada causa “Menem” señaló que para obtener la exención de responsabilidad del informador, es menester que éste hubiera atribuido directamente la noticia a una fuente identificable y que se trate de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por aquélla. Según indica FLORES, “en los casos en que se atribuye sinceramente la noticia a su fuente, la exención de responsabilidad deriva de que, mediante la actividad del informador, ‘se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan

56 La mayoría quedó integrada con los doctores Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Moliné O’Connor y Petracchi. Por su parte, en disidencias parciales se pronunciaron en forma individual el juez Boggiano y conjunta los ministros Barra, Fayt y Levene (h.).

57 *Fallos*, 316:2416.
Votaron los doctores Boggiano, Barra, Nazareno, Levene (h.) y Moliné O’Connor; mientras que en concurrencia conjunta lo hicieron los ministros Fayt, Belluscio y Petracchi.

58 *Fallos*, 317:1448.
Votaron coincidentemente los doctores Levene (h.), Belluscio, Petracchi, Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Bossert.

beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos –si a ellos se creyeran con derecho–, podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión”⁵⁹;

- en lo tocante a las constancias de los expedientes judiciales y las condiciones de alegabilidad del precedente “Campillay”, en algunas causas (v.gr., “G., A. R. c. Gorbato, Viviana”⁶⁰, de 31 de agosto de 2004) la Corte exigió a los medios una conducta diligente en orden a que la información propalada se adecue a los datos suministrados por la propia realidad, es decir, la correspondencia objetiva entre lo informado y las constancias del juicio, debiendo extremarse tal requerimiento de obrar con diligencia cuando se esté ante la presencia de una “noticia con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria”⁶¹. En otras palabras, no basta la mención a la fuente (expediente penal) si la información brindada no entraña una transcripción

59 Ya citados *Fallos*, 316:2394 y 2416, voto de la mayoría y voto de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi (cfr. FLORES, Oscar, “Libertad de prensa y derechos personalísimos: criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2006-2 [‘Honor, imagen e intimidad’], Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 312/313).

60 *Fallos*, 327:3560.
Suscribieron el pronunciamiento los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Highton de Nolasco.

61 Cfr. consid. 16.
Textualmente en dicho considerando se afirma: “Que, en tales condiciones, de ‘la falta de correspondencia objetiva entre lo informado y las constancias del juicio, en el cual la actora nunca admitió ni confesó haber cometido incesto con su padre’, cabía derivar –como hizo el *a quo*– el pertinente juicio de reproche pues debe ponderarse la condición de periodista, formadora de opinión pública, que obligaba a la demandada a un obrar cauteloso al difundir la información (arg. art. 902 del Código Civil), y la exigencia de adecuar, primeramente, la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de una noticia con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria”. En línea con lo expuesto, en el considerando transcripto se citan los siguientes precedentes: *Fallos*, 310:508; 321:3170 y 325:50.

sustancialmente fiel o idéntica (por ejemplo, en “G., C. A. c. El Día S.A.”⁶², de 18 de diciembre de 2001);

- ya acerca de la utilización del modo verbal potencial para eximir de responsabilidad al medio periodístico en los términos de la doctrina “Campillay”, se ha determinado que ello resulta insuficiente si se difunden noticias que luego resultan falsas, tal como por ejemplo se decidió en “B., F. A. c. Diario El Sol de Quilmes”⁶³, de 18 de febrero de 2003, si el sentido completo del discurso es asertivo y no conjetural –en la causa en cuestión se había afirmado que el actor (un conocido abogado penalista) había sido procesado, estaba prófugo de la Justicia y “sería uno de los cerebros” de una banda criminal–, ya que de lo contrario bastaría el empleo mecánico del citado modo verbal para atribuir a alguien cualquier cosa sin tener que responder por ello⁶⁴; y
- en dirección convergente, la aludida premisa se aplicó en “P., C. A. y otro c. H. de N., E. y otro”⁶⁵, de 21 de

62 *Fallos*, 324:4433.

La mayoría quedó compuesta por los doctores Nazareno, Moliné O'Connor y López; concurrente e individualmente lo hicieron los ministros Fayt y Vázquez; y en disidencias conjunta se pronunciaron por una parte los doctores Belluscio y Bossert y por la otra los ministros Petracchi y Boggiano.

63 *Fallos*, 326:145.

Integraron la mayoría los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, López, Vázquez y Maqueda; concurrentemente votó el doctor Fayt y en disidencia se pronunció el ministro Boggiano.

64 Previamente, en el caso “B., A. L. c. La Nación”, de 23 de agosto de 2001, según apunta FLORES, la Corte había determinado “que el carácter asertivo de un titular no es suficiente para responsabilizar a la prensa escrita, si en el cuerpo de la nota impugnada y en artículos posteriores no se utilizan frases asertivas que vinculen a los presuntos implicados con el hecho investigado, y se formulan las aclaraciones necesarias referentes a la sospecha de inexactitud que pesa sobre las especies periodísticas que se difunden” (cfr. FLORES, Oscar, “La Corte Suprema reafirma la doctrina Campillay”, *La Ley*, T° 2001-F, Buenos Aires, p. 235).

65 *Fallos*, 326:4285.

El posicionamiento fue el siguiente: por la mayoría se pronunciaron los jueces Fayt, Petracchi y Vázquez; mientras que en sendos votos concurrentes lo hicieron los doctores Belluscio y López.

octubre de 2003⁶⁶, al reiterar *la exigencia a los órganos de prensa en orden a que obren con cautela evitando el modo asertivo* cuando no hayan podido corroborar debidamente la exactitud de las noticias vinculadas con hechos delictivos de indudable repercusión pública. En ese sentido señaló que “en atención a las dificultades que tienen los medios que cubren la crónica diaria para verificar la exactitud de las noticias vinculadas con hechos delictivos de indudable repercusión pública, y frente a la necesidad de preservar la integridad moral y el honor de las personas, en tanto cuentan con protección constitucional, el Tribunal ha exigido a los órganos de prensa que obren con cautela evitando el modo asertivo cuando no han podido corroborarla debidamente” (consid. 23 de la mayoría). Particularmente el Tribunal reiteró con respecto a la utilización del modo potencial “que la verdadera finalidad de esa regla jurisprudencial estriba en otorgar la protección a quien se ha referido sólo a lo que puede ser (o no), descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa. La pauta aludida no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal –el potencial– sino en el examen del sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo porque si así no fuera bastaría con el mecánico empleo del casi mágico ‘sería...’ para poder atribuir a alguien cualquier cosa, aun la peor, sin tener que responder por ello” (consid. 20, id. voto). Por su parte, y en torno a la alegación de los demandados acerca de que la controversia debió ser examinada a la luz del estándar de la real malicia (punto que retomaremos *infra*), expresó que la doctrina del dolo o negligencia casi dolosa “no juega cuando, como en el caso, se trata del reclamo de un ciudadano que

66 Es preciso tener presente que en el particular la Corte hizo lugar, por mayoría, a la demanda por daños y perjuicios entablada por un matrimonio contra la directora de Diario Clarín y la empresa editora “Arte Gráfico S.A.” por haber vinculado a la pareja con el tráfico de niños, sindicándola como supuesta compradora de sus hijos adoptivos (además de que el matutino publicó el nombre completo de los damnificados y el de sus hijos menores de edad). En definitiva, condenó a los accionados a abonar \$ 306.030, más intereses y costas.

no es funcionario público, aunque el tema divulgado por el medio periodístico pudiera catalogarse de interés público o general, motivo por el cual se deben aplicar las reglas comunes de la responsabilidad civil, según las cuales basta la simple culpa del agente para comprometer la responsabilidad del órgano de prensa”⁶⁷ (consid. 27, id. voto).

5. En torno a la doctrina de la “real malicia”⁶⁸

A) Su formulación en la jurisprudencia norteamericana

La aludida doctrina fue sistematizada en los EE.UU., donde comenzó a ser elaborada a partir del trascendente fallo “New York Times Co. vs. L. B. Sullivan”⁶⁹, de 1964. En dicha ocasión, el Supremo Tribunal norteamericano entendió que los comentarios vertidos acerca de la conducta de los funcionarios públicos (*public officials*) gozan de una capa tuitiva que sólo puede ser negada si se logra probar la mala intención (*actual malice*), esto es, el consciente conocimiento de que la noticia que se publica es falsa, o el notorio desprecio sobre su falsedad o veracidad (*reckless disregard of whether it was false or not*); paralelamente, se produce la inversión de la carga probatoria, quedando en cabeza del presunto afectado la acreditación de la malicia real por parte del órgano que publicó la noticia relacionada con algún aspecto de la función de aquél⁷⁰.

A partir de dicho *leading case*, el Tribunal Supremo ha evidenciado una evolución jurisprudencial en la materia, algunos de cuyos pasos se presenta a continuación⁷¹:

67 Cfr. información en *DiarioJudicial.com - La actualidad desde el Derecho*, 22 de octubre de 2003 (www.diariojudicial.com).

68 Para ampliar sobre el particular, ver BAZÁN, Víctor, “El Máximo Tribunal Federal argentino y la aplicación del *standard* de la malicia real”, *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII, N° 17, Trujillo, octubre/diciembre de 1998, pp. 127/145.

69 376 U.S. 254, Justice: Brennan.

70 Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pp. 30/31.

71 En el señalamiento seguimos a JAÉN VALLEJO, Manuel, *ibid.*, pp. 31 y ss.

- En “Roseblatt vs. U. Baer”⁷² amplió el ámbito aplicativo de la *real malice* a las figuras públicas (*public figures*) o sujetos con poder de decisión en asuntos públicos, no necesariamente funcionarios; idéntica solución brindó en “Curtis Publishing Co. vs. Butts”⁷³;
- en “Rosebloom vs. Metromedia”⁷⁴ la hizo aplicable al caso en que el actor era un distribuidor de revistas pornográficas (sujeto privado), en virtud de que se trataba de una materia de relevancia pública o general, con lo que el criterio del Tribunal desbordaba en su virtualidad operativa al componente subjetivo; es decir, la juzgó de aplicación no sólo en los casos en que el demandante fuera un funcionario público o una persona que, sin serlo, tuviese poder de decisión en los asuntos públicos, siempre que la información se refiriera a tal tenor de asuntos;
- en “Gertz vs. Robert Welch Inc.”⁷⁵, con distinta integración, el Tribunal ofreció algún repliegue en el avance de la *actual malice*, diciendo que no era suficiente el mero interés público de la noticia —no veraz— cuando estaba involucrada una persona privada que adquiere la calidad de figura pública por haberse envuelto en algún tema de relevancia pública, en cuyo caso el afectado sólo debía probar la negligencia del informante para que se condenara a éste al resarcimiento pertinente; debe recordarse, empero, que el Tribunal mantuvo su criterio en cuanto a la aplicación del estándar de la malicia real cuando se trataba de informaciones relativas a sujetos que son figuras públicas por su “poder de influencia”, siempre que la información fuese de relevancia pública. En otras palabras, en este caso se vehiculó una suerte de “reconfiguración” del citado precedente “New York Times vs. Sullivan”;

72 385 U.S. 75, 1966.

73 388 U.S. 130, 1967.

74 403 U.S. 29, 1971.

75 418 U.S. 323, 1974.

- en la sentencia “Time Inc. vs. Firestone”⁷⁶, interpretó que para revestir el carácter de figura pública era menester intervenir en una controversia pública, mas no todas las controversias que interesan al público participan de tal calidad; en el caso, se trataba de la publicación –que contenía algunas falsedades– por parte de la revista “Time” de un reportaje relativo al divorcio entre Mary Alice y Russel Firestone; y
- por último, acotamos que en fallos posteriores continuó el Supremo Tribunal discurriendo el sendero interpretativo de “Time Inc. vs. Firestone”, v.gr. en los casos “Hutchinson vs. Proxmire”⁷⁷ y “Dun & Bradstreet Inc. vs. Greenmoss Builders Inc.”⁷⁸.

B) Su adaptación al derecho argentino

Por la importancia del tema en cuestión, y los cambios que al influjo de la interpretación fue sufriendo la aludida doctrina, realizaremos una breve alusión a algunos casos de la Corte Suprema de Justicia argentina que abordaron el punto en examen⁷⁹, aclarando desde ya que su aceptación en el ámbito interno ha sido resistida por algunos sectores doctrinarios, pues –entre otras adjetivaciones– fue por ejemplo catalogada de “extranjerizante”⁸⁰.

La Corte Suprema se hizo cargo de las críticas y replicó que no se trata de una doctrina “extranjerizante”⁸¹, sino de una “doctrina constitucional” del Tribunal –como la de “Campillay”– que incorpora en el escenario jurídico nacional “un factor de atribución

76 424 U.S. 448, 1976.

77 443 U.S. 111, 1979.

78 472 U.S. 749, 1985.

79 Un acercamiento al tema puede verse en BAZÁN, Víctor, “El fin y los medios. El *standard* de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas”, *El Derecho*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 1998, pp. 1/8.

80 Sobre el tema, ver por ejemplo, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’ (A propósito de los casos ‘Morales Solá’ y ‘Gesualdi’)”, *La Ley*, Tº 1997-A, Buenos Aires, pp. 936 y ss.; y BIANCHI, Enrique T. y GULLCO, Hernán V., “La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes”, *Jurisprudencia Argentina*, Tº 1994-II-839, Buenos Aires.

81 Cfr., por ejemplo, *Fallos*, 321:2558, voto concurrente del doctor Fayt (consid. 10).

de responsabilidad específico, distinto y cualificado respecto del general contemplado en las normas vigentes de la legislación de fondo, para la cual basta la simple culpa⁸².

a) “Costa”

En dicha sentencia⁸³, de 12 de marzo de 1987, y con remisión a su jurisprudencia y a la elaborada por la Corte Suprema estadounidense a partir del caso “New York Times vs. Sullivan”, la mayoría del Máximo Tribunal argentino sostuvo que a los efectos de adjudicar responsabilidad civil a los medios informativos por la difusión de noticias inexactas, era necesario distinguir según la calidad del sujeto pasivo de la difamación, esto es, entre el “funcionario público” y el “ciudadano privado”, confiriendo una protección más amplia a este último (consid. 10).

Añadió que “...para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia (...); en cambio basta la ‘negligencia precipitada’ o ‘simple culpa’ en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes...” (consid. 11).

Además, agregó que dicho *standard* de responsabilidad –más riguroso frente a los particulares que ante los funcionarios del gobierno o asuntos de interés general– respondía “...en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta ya que ‘...no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos, sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos...’ (discurso del doctor Vélez Sarsfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención

82 Ver *Fallos*, 319:3085, voto del doctor Vázquez, consid. 17; y *Fallos*, 321:3170, voto del juez Vázquez, consid. 10. Sobre el particular, *vid.* para ampliar FLORES, Oscar, *op. cit.* (“Libertad de prensa y derechos personalísimos ...”), pp. 310/311.

83 Cit. en nota 32.

Constituyente del año 1860) y, en consecuencia, el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar...” (consid. 13).

b) “Vago, Jorge Antonio c. ‘Ediciones de La Urraca S.A.’ y otros”

Por su parte, la Corte aludió en forma “relativamente orgánica” a la citada doctrina en el caso citado en el rótulo⁸⁴, de 19 de noviembre de 1991.

La expresión “relativamente orgánica” obedece a que, como afirma COLAUTTI al comentar aquel pronunciamiento, si bien la decisión adoptada es coincidente en cuanto al fondo de la cuestión (desestimación de la queja), refleja tres opiniones diversas⁸⁵: la de los doctores Fayt y Barra, quienes refirieron explícitamente a la doctrina de la real malicia (consid. 11), sosteniendo la importancia de su adopción en forma no dogmática, otorgándole presunción de legitimidad a las informaciones sobre cuestiones institucionales, además de entronizar la inversión de la carga probatoria (consid. 12); la de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, magistrados que concluyeron que las críticas del apelante eran impotentes para sostener la arbitrariedad alegada, entre otras razones, porque no impugnó la intervención del actor –como periodista– en diversas controversias de interés público, por lo que quedaba firme el segundo argumento utilizado por el *a quo* para adjudicar el carácter de “figura pública” a Vago (consid. 4); y la de los ministros Nazareno y Boggiano, quienes entendieron que las discrepancias del apelante (pese a referirse a las garantías contenidas en los arts. 17, 18 y 33 de la C.N.) no eran idóneas para habilitar la vía extraordinaria al no resultar atinentes a la interpretación de normas federales ni suficientes para apoyar la tacha de arbitrariedad que pretendía (consids. 3 y 4).

84 *Fallos*, 314:1517.

Los alineamientos del Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría se pronunciaron los jueces Fayt y Barra, mientras que en concurrencias conjuntas se expidieron los doctores Petracchi y Moliné O’Connor por una parte y Nazareno y Boggiano por la otra.

85 COLAUTTI, Carlos E., “Precisiones sobre una tensión permanente”, *La Ley*, T° 1992-B, Buenos Aires, p. 366.

A su tiempo, PIZARRO⁸⁶ EXPRESA QUE LA CAUSA “VAGO” NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO EL “NEW YORK TIMES” ARGENTINO, PUES – TAL COMO ANUNCIÁRAMOS– SOLAMENTE DOS DE LOS SEIS VOCALES QUE SUSCRIBIERON EL DECISORIO (BARRA Y FAYT), MENCIONARON EN FORMA EXPRESA A LA DOCTRINA DE LA MALICIA REAL: EN EL CONSID. 11 –Y, AGREGAMOS POR NUESTRA PARTE, EN EL CONSID. 12–.

c) “MORALES SOLÁ, JOAQUÍN M.”

El fallo en cuestión fue emitido el 12 de noviembre de 1996⁸⁷. Implicó la revocación del pronunciamiento emitido por la Cámara Nacional Criminal y Correccional –Sala Iª– por virtud del cual se condenaba al periodista Joaquín Miguel Morales Solá a la pena de tres meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110 del Código Penal). De lo antedicho surge que la Corte terminó por absolver al aludido hombre de prensa, evidenciando algunos votos con una marcada sustentación en la doctrina de la malicia real (v.gr. los de Boggiano y Vázquez). Cabe aclarar que la premencionada Cámara condenó al periodista alegando la aplicación de los parámetros de la malicia real.

Moviliza a la reflexión el enfoque que brinda el periodista VERBITSKY en torno al caso, elaborando una descarnada descripción de la situación que por entonces se vivía, sobre todo, con la denominada “mayoría automática” de la Corte Suprema que acompañaba a la política oficial del entonces Presidente Menem. Tal periodista sostuvo: “La absolución del periodista Joaquín Morales Solá revela la necesidad y urgencia de la Corte Suprema de Justicia por exhibirse en una posición independiente. De este modo procura rescatar algo del prestigio perdido desde 1990, cuando el gobierno del Presidente Carlos Menem creó de la noche de un jueves a la mañana de un viernes una mayoría automática de seis sobre nueve de sus miembros, atenuada a cinco en 1993. Aunque por malas razones, buenas noticias. (...) Es irónico, pero no casual, que los

86 Cftar. PIZARRO, Ramón D., “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso “Dora Gesualdi””, *Jurisprudencia Argentina*, 9 de julio de 1997, Buenos Aires, p. 10.

87 *Fallos*, 319:2741.

ministros del tribunal que asumen como deseos las órdenes del jefe supremo de la Nación hayan sido los más expeditivos en la resolución del caso (...). La Justicia es así, una vez más, espejo y escenario de las confrontaciones políticas, algo usual desde que el menemismo la redujo a servidumbre, como una pieza más de su dispositivo de poder”⁸⁸.

La Corte sostuvo que el fallo de la Cámara era arbitrario en tanto condenó al procesado por el delito de injurias sobre la base de la afirmación dogmática de que el mismo conocía el carácter disvalioso de la afirmación que hacía y debía tener serias dudas sobre su veracidad, lo que no se compadecía con las constancias de la causa; y porque al soslayar los descargos del imputado invirtió la carga de la prueba en su perjuicio, resolviendo la cuestión en flagrante violación del principio de inocencia, al hacer redundar en su detrimento la fortuita circunstancia de la desaparición de la fuente periodística.

Por lo demás, en el voto mayoritario se aprecia que luego de advertir que el recurrente postulaba la aplicación del criterio sentado por la doctrina judicial norteamericana *in re* “New York Times Co. vs. Sullivan”, con arreglo al cual la protección constitucional se extiende a las expresiones inexactas o falsas, cuando las mismas se refieren a funcionarios públicos respecto de temas de relevancia institucional, salvo que se probare que el periodista hubiera tenido conciencia de la falsedad de la noticia; advierte que “no fue otra la doctrina aplicada por el *a quo* como fundamento de su decisión, al sostener que se había probado el conocimiento de la falsedad o inexactitud de la imputación por parte del autor del hecho, ‘y la despreocupación para indagar acerca de la falsedad, inexactitud o veracidad de la manifestación pública, cuando sin duda se disponía de los medios para tal fin’, conclusión que no aparece como resultante de una interpretación constitucional contraria a los derechos del recurrente, ya que trataríase –al margen de los defectos de fundamentación que presenta el decisorio– de un juicio

88 VERBITSKY, Horacio, *Un mundo sin periodistas*, Planeta - Espejo de la Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 190/191.

naturalmente vinculado con los extremos fácticos y probatorios de la causa”.

d) “Ramos, Juan J. c. LR3 Radio Belgrano y otros”

En esta causa⁸⁹, resuelta el 27 de diciembre de 1996, la Corte se expidió mayoritariamente por la viabilidad de dicha pauta jurisprudencial en un empalme con la doctrina “Campillay” en cuanto a la atribución del contenido de la noticia agravante a la fuente de la cual provino, como forma de eximir al medio por la responsabilidad que pudiera corresponderle por su difusión⁹⁰, al considerarla el medio más idóneo para alcanzar la más amplia libertad de prensa, entendiéndola aplicable al caso en que el actor, “en su carácter de ‘funcionario que realizaba tareas de importancia’ en la Secretaría de Energía (...), debe ser considerado (...) como un ‘funcionario público’ cuyo honor merece una tutela menor que la que corresponde a los ‘simples ciudadanos privados’”. Añade que, “[p]or tal razón, la responsabilidad del demandado en autos sólo podrá fundarse en la acreditación, por parte del actor, de que aquél actuó con conocimiento acerca de la falsedad de la información o, al menos, con total despreocupación acerca de dicho extremo” (consids. 10 y 11 del voto mayoritario⁹¹).

A su turno, los ministros que formularon una disidencia conjunta⁹² rechazaron el agravio relativo a que el *a quo* se había abstenido de aplicar la doctrina de la malicia real, indicando que aquél no sólo no había inaplicado dicha doctrina, sino que “al valorar los elementos probatorios obrantes en el *sub judice* consideró que se habían configurado los extremos que, con arreglo a la citada doctrina, permitían atribuir responsabilidad civil al demandado” (consid. 8°). De ello se deduce que los disidentes también se expidieron en favor de la vigencia aplicativa de tal estándar, en sintonía con el también disidente voto del doctor Vázquez.

89 *Fallos*, 319:3428.

90 Sobre el punto, ver GELLI, María Angélica, *op. cit.*, nota 1, pp. 295/300.

91 Suscripto por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

92 Se trata de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor y López. A su tiempo, el ministro Vázquez elaboró una disidencia individual.

Sin embargo, en la misma causa (“Ramos”), el voto mayoritario admite que con anterioridad a su dictado pero con posterioridad a la expedición del pronunciamiento en la aludida causa “Costa”, el criterio de la malicia real fue adoptado por integrantes de la Corte en diversos pronunciamientos, citando el voto de los doctores Fayt y Barra en “Vago”; la disidencia de los ministros Fayt, Barra y Cavagna Martínez en “Abad”⁹³; las disidencias de los doctores Fayt, Petracchi y Barra en “Tavares, Flavio Arístides”⁹⁴ y de los ministros Fayt y Boggiano en “Rodríguez, Horacio D. s/ art. 109 del Código Penal”⁹⁵ (*vid. consid. 9º in fine*).

e) “Menem, Amado C. c. La Voz del Interior”

El actor (Amado Calixto Menem) interpuso demanda resarcitoria contra el propietario del periódico “La Voz del Interior”, que había publicado una noticia difamatoria junto a la fotografía del demandante en la cual se vinculaba a éste con una mesa de dinero clandestina, demostrándose en el proceso que el involucrado en tales hechos era un homónimo.

En ambas instancias ordinarias la acción fue rechazada por aplicación de la teoría de la real malicia por ser el demandante hermano del por entonces presidente argentino, lo que provocó la articulación del recurso extraordinario federal que fue declarado procedente revocándose la sentencia impugnada.

Para así decidir la Corte Suprema, por mayoría⁹⁶ (el 5 de agosto de 2003), entendió que el tribunal *a quo* se había apartado de la doctrina de la real malicia puesto que aplicó al actor –que no era funcionario público ni figura pública– un estándar de “protección atenuada” del honor concebido sólo para los casos en que tales funcionarios o figuras públicas estén comprometidos en temas de

93 Fallos, 315:632, de 7 de abril de 1992.

94 Fallos: 315:1699, de 10 de agosto de 1992.

95 Causa R.52.XXV, de 30 de mayo de 1995.

96 Fallos, 326:2491.

Los posicionamientos de los integrantes del Tribunal fueron los siguientes: la moción que guió el fallo fue firmada por los doctores Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez; mientras que por sus votos se expidieron individualmente los ministros Belluscio y Moliné O'Connor.

interés general (consid. 7º de la mayoría), para lo cual reenvió a lo decidido en las referidas causas “Triacca” y “Ramos”.

Previamente, y en cuanto a lo que aquí interesa para compulsar la percepción de la Corte sobre la real malicia y el mantenimiento o la modificación del criterio al respecto, aquélla puso de manifiesto que en el mencionado caso “Ramos” había ratificado tal doctrina que hubo expresado en el precedente “Costa”, “según la cual para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio, basta la ‘negligencia precipitada’ o ‘simple culpa’ en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinente⁹⁷” (consid. 5º de la mayoría).

f) Brevísimos resúmenes de la evolución de la doctrina de la malicia real en la percepción de la Corte Suprema

Telegráfica y casi rudimentariamente, puede describirse el devenir de dicha doctrina en el seno del Alto Tribunal, con las siguientes pinceladas:

En “Costa” se aludió a la doctrina de la *actual malice* inoculada al fallo de la Corte norteamericana en “New York Times vs. Sullivan”.

En “Vago” también se hizo referencia a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la malicia real, pese a que no se la introdujo como sustento de la decisión adoptada.

En causas como la aludida “Abad” (disidencia de los doctores Fayt, Barra y Cavagna Martínez), se hicieron extensivos los cánones de la *actual malice* a los procesos penales.

⁹⁷ Alude a los consid. 9, 10 y sus citas de la citada sentencia recaída en “Ramos”.

Finalmente, las sentencias que brindaron recepción definitiva a la malicia real fueron las recaídas en los casos “Morales Solá” y “Ramos”.

Para concluir este acercamiento, remitimos a FLORES quien ha advertido que para la Corte Suprema no se aplica el estándar de protección atenuada del honor (concebido sólo para los casos en que los funcionarios y figuras públicas estén comprometidos en temas de interés general) cuando los actores son simples particulares, debiendo articularse en tales supuestos las reglas comunes de la responsabilidad civil, según las cuales basta probar la simple culpa para comprometer la responsabilidad del órgano de prensa (cfr. lo resuelto en el nombrado caso “Menem” y en “D., C. c. Editorial Jornada S.A. y/u otro”⁹⁸, de 14 de octubre de 2004)⁹⁹.

6. Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad de los menores

Tomaremos como caso testigo la sentencia dictada por la Corte Suprema el 28 de agosto de 2007 *in re* “S., L. E. c. Diario ‘El Sol’ s/ daños y perjuicios”.

Para contextualizar brevemente al lector, puede decirse que las instancias inferiores habían condenado al Diario “El Sol” a reparar los perjuicios derivados de la difusión de situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva de una persona menor de edad, lo que motivó el recurso extraordinario federal interpuesto por dicho medio de comunicación, el que fue concedido, producto de lo cual el Máximo Tribunal Federal confirmó el *dictum* resistido.

En tal decisión¹⁰⁰, se pronunció nuevamente en torno al conflicto entre libertad de prensa y derecho a la intimidad de los menores,

98 *Fallos*, 327:4258.

99 FLORES, Oscar, *op. cit.* (“Libertad de prensa y derechos personalísimos ...”), p. 320.

100 Causa “S.1858.XL”.

La moción triunfante fue suscripta por los doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco, añadiéndose las concurrencias conjunta de los jueces Maqueda y Zaffaroni, e individuales de los ministros Fayt y Argibay.

dando continuidad a un criterio que privilegia los intereses de éstos¹⁰¹.

Entre otros puntos de interés, la Corte Suprema señaló que la doctrina “Campillay” no es aplicable cuando media una prohibición legal de difusión de noticias relativas a menores (como la contenida en el Decreto-ley 10.067/83 de la Provincia de Buenos Aires –que proscribía difundir los nombres de menores vinculados a causas judiciales–), porque “si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aun cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad. En tales supuestos, sólo omitiendo la identificación del menor –es decir, cumpliendo con la prescripción legal– se cumpliría con la protección de su esfera de intimidad frente a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” (consid. 5° del voto que guió el fallo).

A juicio de FLORES, en el caso que examinamos es posible afirmar que el interés estatal apremiante estaba claro y tenía incluso jerarquía constitucional: se trata del estándar del interés superior del niño que engloba su derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, y a no ser convertido “en un objeto mediático”¹⁰². Añade que, “en términos de ponderación o balance de derechos, podría admitirse que en este tipo de casos el interés estatal en preservar el anonimato de los menores pesa mucho más que la mínima interferencia que pudiera ocasionar a la libertad de prensa la prohibición de publicar su nombre”¹⁰³.

101 Cfr. “S., V. c. M., D. A. s/medidas precautorias”, de 3 de abril de 2001 (*Fallos*, 324:975); “P., I. G. y otro c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”, 17 de noviembre de 2003 (Causa ‘P.638.XXXVII’); y “K., L. A. y otro c. Santillán, María Laura y otros s/ daños y perjuicios”, de 31 de agosto de 2004 (Causa ‘K.82.XXXVII’).

102 FLORES, Oscar, “Ejercicio del derecho a la información respecto de menores vinculados a causas judiciales”, *La Ley*, T° 2007-F, Buenos Aires, p. 458.

103 *Ibid.*, p. 459.

7. La derogación del delito de desacato en Argentina como cumplimiento de un compromiso asumido internacionalmente y su impacto en la jurisprudencia interna

- A) El antecedente que dio origen a la abrogación de la figura penal de desacato

En fecha 5 de mayo de 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también Comisión IDH) recibió una denuncia contra la República Argentina formulada por el periodista Horacio Verbitsky. Éste fue condenado por el delito de desacato (art. 244 del Código Penal), al supuestamente injuriar al doctor Augusto César Belluscio, entonces ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por haberse referido a éste como “asqueroso” en un artículo que el periodista publicó el 6 de marzo de 1988 en el diario Página 12, titulado “Cicatrices de dos Guerras”.

En el ámbito de la Comisión, se comenzó a bosquejar un esquema inicial de solución amistosa, cuyas pautas centrales por entonces eran:

- El reclamante solicitaba que el Estado argentino se comprometiera a obtener la derogación del art. 244 del Código Penal, es decir la figura penal del desacato; además, requería que, una vez sancionada la nueva ley derogatoria de la figura penal del desacato, se aplicara la misma al caso que lo afectaba, con la finalidad de revocar la sentencia y cancelar todos sus efectos de acuerdo con el art. 2 del Código Penal; e impetraba la justa reparación de los daños y perjuicios sufridos a causa de las acciones judiciales, haciendo renuncia expresa a toda indemnización por concepto de daño moral; y
- las partes pretendían que en oportunidad de redactar el informe al que se refiere el art. 49 de la CADH, la Comisión se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad con tal Convención de la figura penal

de desacato, tal como se la contemplaba en el Código Penal argentino, incluyendo opinión acerca de si los Estados Partes en ese instrumento debían compatibilizar su legislación interna, conforme el art. 2 de tal Pacto.

Formalizado el respectivo acuerdo, la Comisión consideró cumplidos los puntos previstos en el mismo y estimó que podía concluirse la cuestión con una solución amistosa pues:

- la Comisión había intervenido en función de lo dispuesto en el art. 48.1.f. de la CADH;
- la figura de desacato fue derogada en Argentina por la Ley 24.198 (publicada el 3 de junio de 1993);
- se revocó la sentencia en contra del Sr. Verbitsky, cancelándose todos sus efectos; y
- a mérito de la expresa renuncia efectuada por este último, la restitución por costas que inicialmente se pedía no sería requerida.

Por lo demás, y de acuerdo con el art. 49 de la CADH, la Comisión analizó el contenido de dicha solución amistosa para asegurar su coherencia con la misma, concluyendo que la derogación de la figura de desacato, en el contexto del caso, implicaba la conformidad del derecho argentino con la Convención ya que eliminaba una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión consagrado en dicho Pacto.

Finalmente, debe expresarse que en el Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, solución amistosa, de 20 de septiembre de 1994, la Comisión dio por culminado tal proceso de resolución amistosa y reconoció que el mismo había concluido a entera satisfacción de las partes y de la Comisión, habiéndose dado cumplimiento a los arts. 48.b. y 49 de la CADH y 48 del Reglamento de la Comisión.

B) El caso “Bonafini, Hebe María Pastor s/ injurias”

Para comprobar que la cuestión de la derogación del desacato no quedó sólo en el marco teórico sino que tuvo aplicación concreta (princiando con el propio “Caso Verbitsky”, como acabamos de ver), aludiremos sumariamente a la causa anunciada en el epígrafe, para visualizar cómo aquella abrogación operó en la práctica generando varias vicisitudes en las instancias de mérito, que en definitiva constituyen la parte más jugosa para el análisis pues se produjeron marchas y contramarchas a causa de la derogación del delito de desacato, ya que la Corte Federal se limitó a declarar prescripta la acción.

Cabe rememorar que la causa se inició mediante la querrela instaurada el 11 de abril de 1991 por la posible comisión del delito de desacato, configurado por las expresiones vertidas por María Hebe Pastor de Bonafini en una entrevista periodística que fue transmitida por Telemadrid el 21 de enero de 1991, en la cual habría vertido conceptos presuntamente lesivos para la dignidad y el decoro del ex Presidente argentino Carlos Saúl Menem.

Con motivo de la derogación del delito de desacato, el apoderado del querellante solicitó que la acusación fuese por el delito de injurias; petición que fue rechazada por el juez de primera instancia, quien sobreseyó a la imputada en orden al delito por el que inicialmente había sido acusada.

A su tiempo, la alzada revocó dicha decisión y dispuso que el juez de grado prosiguiera el trámite del proceso bajo las reglas de los juicios especiales –calumnias e injurias–; ante lo cual, al replicar el traslado de la acusación, la querrelada planteó la excepción de falta de jurisdicción que fue rechazada en primera instancia.

Durante el trámite del recurso de apelación la alzada hizo lugar a un planteo de prescripción de la acción penal introducido por la defensa al expresar agravios; decisión que fue revocada por la Corte Suprema mediante la sentencia de 26 de agosto de 2003.

Fue así como, radicado el expediente ante la Sala IIª de la Cámara Federal, dicho tribunal resolvió anular todo lo actuado a partir de la decisión que había dispuesto proseguir el trámite de la causa bajo las reglas previstas para los juicios especiales, con fundamento en que se había configurado una violación a la garantía constitucional contra la doble persecución penal y, además, sobreseyó definitivamente en la causa a la querellada. Contra tal decisión, el apoderado del querellante Carlos Saúl Menem interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido.

Finalmente, en resolución emitida por mayoría el 10 de abril de 2007¹⁰⁴ y, como anunciábamos, el Alto Tribunal zanjó la cuestión declarando extinguida por prescripción la acción penal pues consideró que había transcurrido el plazo del art. 62 del Código Penal (dos años) y que no habían mediado causales de suspensión o interrupción que establece el art. 67, 4º párr., del Código Penal, según la reforma introducida por la Ley 25.990¹⁰⁵.

V. Digresión sobre ciertas cuestiones actuales en materia de libertad de expresión en Argentina

1. Aclaración inicial

Aun cuando no conectado específicamente con el tema central de este ensayo, consideramos ineludible efectuar siquiera una breve aproximación a ciertas cuestiones de gran importancia y actualidad directamente vinculadas con la libertad de expresión en nuestro país.

En ese sentido, abordaremos un fallo reciente de la Corte Suprema que resulta significativo en cuanto a la percepción que el Máximo Tribunal exhibe actualmente respecto de la libertad de expresión y una de sus facetas sustanciales: el manejo que el Estado debe hacer de la pauta publicitaria oficial; y realizaremos alguna referencia a

104 Causa B.1126.XL.

Los alineamientos en el Tribunal fueron los siguientes: la mayoría quedó articulada con los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se expidieron los ministros Fayt, Petracchi y Argibay.

105 Publicada el 11 de enero de 2005.

la omisión de dictado de una ley general de acceso a la información pública.

2. La Corte Suprema y un fallo institucional que marcó límites al manejo discrecional de la publicidad del Estado como instrumento de presión a la prensa

El precedente en cuestión es “Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo”¹⁰⁶, de 5 de septiembre de 2007. Sin duda ostenta gran magnitud institucional y, aunque no se refirió expresamente al Estado Nacional sino a uno Provincial, fijó una posición jurisdiccional que claramente tiene efectos exógenos.

Fue resuelto en competencia originaria de la Corte Suprema para preservar la libertad de expresión, reiterar su enorme trascendencia en una nación democrática y republicana y penetrar en el sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado. De hecho, el decisorio le valió al Alto Tribunal obtener el “Gran Premio Chapultepec”, la máxima distinción internacional en materia de libertad de prensa, que entrega anualmente la Sociedad Interamericana de Prensa (S.I.P.)¹⁰⁷.

La demanda (acción de amparo) se sustentaba en la disminución y posterior cesación de publicidad oficial en el Diario Río Negro por parte del gobierno de la Provincia del Neuquén. La accionante atribuía tal actitud gubernamental (catalogada de “discriminatoria”) a que en diciembre de 2002 el diario difundió la denuncia que el día 7 de ese mes y ese año un diputado de dicha provincia había efectuado en el sentido de que el vicepresidente primero de la Legislatura local le habría ofrecido un crédito por \$ 640.000 de una entidad local a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador para cubrir las vacantes

106 *Fallos* 330:3908.

107 Debe recordarse que el “Gran Premio Chapultepec” fue creado por la S.I.P. para reconocer los esfuerzos individuales o de entidades no necesariamente vinculados con los medios de prensa, por su contribución a la promoción, el desarrollo, la consolidación y la defensa de los principios de la libertad de prensa contenidos en la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994.

judiciales que existían en el Superior Tribunal de Justicia local “con abogados de su confianza”.

En este breve repaso no podemos ahondar en la cuestión, por lo que simplemente bosquejaremos de manera esquemática algunos puntos que hacen al patrón elaborado por la mayoría¹⁰⁸ del Tribunal (consid. 11), que concluyó que: *i*) medió supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial al diario demandante; *ii*) no hubo motivos razonables para ello, dejándose sentado que la existencia de los mismos debe ser probada por el Estado; *iii*) se configuró un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales; y *iv*) si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

Con relación a esto último, la Corte argumentó que el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero si decide hacerlo debe cumplir dos requisitos constitucionales: *i*) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios; y *ii*) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión (id. consid.).

Por lo demás, confirmó que es un deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático (consid. 10 de la moción mayoritaria). Asimismo, se remitió a ciertas pautas sentadas por la Corte IDH en la OC-5/85 sobre “La colegiación obligatoria de periodistas”¹⁰⁹ y en las sentencias recaídas en los casos “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”¹¹⁰, “Ivcher Bronstein vs. Perú”¹¹¹ y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”¹¹², para concluir reafirmando que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra

108 Conformaron la mayoría los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el ministro Fayt. Por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al doctor Maqueda y conjunta a los ministros Petracchi y Argibay.

109 Corte IDH, OC-5/85, cit. párr. 69.

110 Cit., párr. 65.

111 Cit., párr. 149.

112 Cit., párr. 108.

social, y que dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (id. consid.).

En síntesis, admitió la demanda condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas; no obstante lo cual, entendió que las modalidades de ejecución deberían diferir necesariamente de las usuales, por lo que en función de tales condiciones, requirió a la demandada la presentación en un plazo de treinta días de un esquema de distribución de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informan la decisión que el Tribunal adoptó.

Sea como fuera, y pese a la importancia de este fallo y de alguno posterior de la Corte Suprema, justo es reconocer que la situación del manejo de la publicidad oficial (sin duda, una “moderna forma de censura”), continúa exhibiéndose como un área sensible de manejo discrecional. Por ello, y como afirma SAFADI MÁRQUEZ, “sigue resultando necesaria la existencia de una regulación para la publicidad oficial, que la limite tanto en su contenido como en su temporalidad y que fije criterios objetivos y razonables de distribución, [pues] de lo contrario su mala utilización y el uso discrecional será inevitable, con los consecuentes vicios que socavan a la república”¹¹³.

3. La sanción de la ley de acceso a la información pública como asignatura pendiente

- a) Ante la falta de una ley general en la materia, vale individualizar –en una síntesis extrema de la cuestión– la existencia de dos dispositivos (uno legal y el otro infralegal), que se revelan insuficientes:

113 SAFADI MÁRQUEZ, Carlos A., “La regulación de la publicidad oficial”, *La Ley*, Buenos Aires, 19 de enero de 2010, pp. 1 y s.

- la Ley 25.831¹¹⁴, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el *derecho de acceso a la información ambiental* que se encontrare en poder del Estado, en los ámbitos nacional, provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires; como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, ya sean públicas, privadas o mixtas; y
 - el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1.172/2003¹¹⁵, que aprueba los *Reglamentos Generales de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional*; para la *Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional*; para la *Elaboración Participativa de Normas, del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional y de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos*¹¹⁶.
- b) Por lo demás, si bien hasta donde alcanza nuestra información (mediados de 2011) 17 países latinoamericanos cuentan con leyes integrales que garantizan el acceso a la información pública, Argentina es –por ahora– una excepción.

En consecuencia, se impone superar debates estériles y, si existe verdadera *voluntad política*, debe finalmente dictarse una ley de acceso a la información pública (existen y existieron numerosos y diversos proyectos navegando –a veces sin rumbo fijo– en el Congreso de la Nación), en la que el ciudadano no quede atrapado

114 B.O. de 7 de enero de 2004.

115 B.O. de 4 de diciembre de 2003.

116 Fue justamente en función del citado decreto (1.172/2003), que desde el Partido Radical, el senador Gerardo Morales y el diputado Ricardo Gil Lavedra han solicitado recientemente al Gobierno que la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) remita los certificados de obra que fueron emitidos para solicitar las transferencias de fondos en el marco del manejo de los planes de vivienda de las Madres de Plaza de Mayo y la administración de Sergio Schoklender, en el marco de la enorme repercusión mediática, política y judicial que este caso ha generado (cfr. nota periodística de Martín DINATALE, “Había un control laxo sobre los fondos que recibían las Madres”, *La Nación*, edición impresa, Buenos Aires, 7 de junio de 2011, que puede compulsarse también en <http://www.lanacion.com.ar/1379568-habia-un-control-laxo-sobre-los-fondos-que-recibian-las-madres>).

en la obligación de demostrar un interés directo para su obtención o una afectación personal para pretender tal acceso informativo ni deba abonar arancelamiento alguno, además de que las excepciones al ejercicio de tal derecho (por ejemplo, frente a información clasificada como secreta, reservada o confidencial) deben ser razonables, de interpretación restrictiva, estar taxativamente descriptas y responder sólo a las razones permitidas por la CADH; tópicos que, además de la mencionada falta de voluntad política, han venido obstaculizando la sanción de la norma.

Si bien no es ésta la ocasión propicia para explayarnos sobre el punto, es imperioso al menos recordar que la propia Corte IDH ha determinado sin ambages en el “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”¹¹⁷, que el art. 13 de la Convención, “al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, *protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención*. Consecuentemente, dicho artículo *ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto...*” (énfasis añadido).

Tampoco cabe perder de vista que el Estado debe cumplir las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en la CADH y de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los arts. 1.1 y 2 de dicho instrumento internacional.

En definitiva, queda claro que el de acceso a la información pública es un *derecho fundamental*, que debe ser garantizado con o sin ley al respecto. Por supuesto, lo conveniente y adecuado en un país que pretenda ser (o parecer) democráticamente serio es contar con una legislación sobre el particular que, en lo pertinente, siga

117 Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 77.

los lineamientos de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información y la Guía de Implementación¹¹⁸, aprobadas por el Consejo Permanente y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

VI. El “Caso Kimel vs. Argentina” resuelto por la Corte Interamericana, y algunos cambios en el escenario jurídico argentino en materia de calumnias e injurias

Como sustento fáctico-jurídico del caso, debe recordarse que en 1995 el periodista Eduardo Kimel fue condenado a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de 20.000 pesos (suma entonces equivalente en dólares) como culpable de “injuria y calumnia” contra un juez al que el autor había aludido en su obra “La masacre de San Patricio”.

Recorridos los pliegues procedimentales pertinentes en sedes interna e internacional, en el caso en cuestión¹¹⁹ la Corte IDH aceptó el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado argentino y manifestó que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 13.1 y 13.2 de la CADH, en relación con las obligaciones generales establecidas en los arts. 1.1 y 2 de dicho tratado; aceptó igualmente el reconocimiento de responsabilidad internacional en cuanto a la violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, establecido en el art. 8.1 de la CADH, en relación con la obligación general establecida en el art. 1.1, *ibid.*; y juzgó que el Estado violó el principio de legalidad consagrado en el art. 9 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma.

Asimismo, decidió que el Estado debía: realizar los pagos de las cantidades establecidas en concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación del pronunciamiento; dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se

118 OEA/Ser. G, CP/CAJP-2840/10, a Corr. 1, 28 abril de 2010, Original: inglés/español.

119 Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177.

deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la resolución; eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el caso; realizar, a título de medida de satisfacción, la publicación del capítulo VI de la sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez; realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la resolución; y *adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la CADH, de tal forma que las imprecisiones reconocidas (en punto a la deficiente regulación penal de la materia), se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.*

Como consecuencia de dicho pronunciamiento, se sancionó en Argentina la Ley 26.551¹²⁰, modificatoria del Código Penal, que buscó adecuar los supuestos penales contenidos en los arts. 109 (calumnias) y 110 (injurias) de dicho Código, a los estándares internacionales.

Básicamente, la modificación normativa ha supuesto que ambas figuras sólo generarán la sanción de multa, advirtiendo respectivamente que en ningún caso configurarían delito de calumnia *las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*; y tampoco configurarían delito de injurias *los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

VII. Valoraciones conclusivas

1. Sin libertad de expresión, información y/o prensa no hay libertad posible; empero, la exigencia de responsabilidad está unida a aquel presupuesto básico de libertad. La prédica se entiende a partir de concebir a la responsabilidad como la

120 B.O. de 27 de noviembre de 2009.

contracara de tales libertades, tornándose aquélla operativa por la propia repercusión pública que la información genera¹²¹.

2. Es insoslayable tomar en consideración la doble dimensión de la libertad de expresión: individual y social, como postula la Corte IDH; dimensiones que adquieren igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad al derecho consagrado en el art. 13 de la CADH.
3. En la doctrina de la Corte Suprema argentina las interferencias y tensiones entre la libertad de información, por una parte, y los derechos a la honra y la vida privada, de otra, no pueden ser resueltas *a priori* e *in abstracto*, desechando por ende cualquier solución que suponga de antemano un orden prelativo entre ellos.

En consecuencia, en este territorio tensional gana en utilidad la técnica de la ponderación, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad, como herramienta apropiada para formular un “enunciado de preferencia condicionada”¹²² que brinde una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta diferente en otro supuesto.

De hecho, en el citado “Caso Kimel vs. Argentina”¹²³, la Corte IDH ha sostenido que “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, *la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad*. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características

121 Cfr. BEL MALLÉN, Ignacio, CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COUSIDO, Pilar, *Derecho de la información*, T° I, Colex, Madrid, 1992, p. 201.

122 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit. (Neoconstitucionalismo[s])*, p. 142.

123 Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, cit., párr. 51.

y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio” –énfasis añadido–.

4. El Máximo Tribunal argentino ha venido perfilando algunos estándares que demarcan la trayectoria de su percepción sobre el tema central de este ensayo, como el trazado primigeniamente en “Ponzetti de Balbín” para fijar los límites de la libertad de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad.

Y, paralelamente, ha moldeado o adaptado algunas “doctrinas constitucionales” como las *pautas de “Campillay”* que, no sin afinamientos ulteriores, han dado cuerpo a una regla de exclusión de responsabilidad del medio de prensa, cumplidas ciertas premisas; o ha aplicado la *malicia real* a los procesos civiles y penales como reflejo de la existencia de una menor cobertura protectoriva de los funcionarios públicos frente a la prensa o de la sujeción de éstos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad (incluso empalmado tal estándar con los postulados de “Campillay”), tema el de la *actual malice* que excede el de una mera discusión sobre los cánones de la responsabilidad¹²⁴.

Sin embargo, no parece fútil reiterar la tendencia patentizada en algunos decisorios del Tribunal, al multiplicarse los fundamentos que los sustentan en proporción directa a los miembros votantes, es decir, a recaer en una fragmentación o atomización argumentales.

Como premisa genérica (es decir, no sólo en referencia específica al punto central sobre el que gira este trabajo), y en aras de preservar la seguridad jurídica y la predictibilidad de sus decisorios, sería aconsejable que los jueces de la Corte se esforzaran al máximo para lograr ciertos niveles mínimos de consenso, empleando instrumentos argumentativos comunes que permitan conocer nítidamente cuál es el criterio unánime o mayoritario concreto del Cuerpo, al menos, en pronunciamientos que sienten doctrina,

124 Como *mutatis mutandi* advierten BIANCHI, Enrique T. y GULLCO, Hernán V., *op. cit.*, p. 842.

diriman casos difíciles, aborden cuestiones jurídicas neurálgicas o fijen posición en temas de gravedad o incidencia institucionales.

5. Sin perjuicio de ello, puede afirmarse que la Corte Suprema satisface en líneas generales los requerimientos internacionales sobre la interacción de la libertad de información y los derechos a la honra y la vida privada.

Así, por ejemplo, y además de lo precedentemente referido, debe computarse:

- a. que es doctrina judicial recibida que el eventual abuso de la libertad de expresión no es susceptible de control preventivo (censura previa) sino de responsabilidades ulteriores y que los remedios reparadores son los previstos en la ley común civil y penal, y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una “adecuada medida de protección” a los otros derechos en tensión;
- b. que sigue de cerca las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH vinculadas al tema;
- c. que aunque no vinculado específicamente a la libertad de expresión o información pero con fuerza genérica en cuanto a la observancia de los criterios del Tribunal Interamericano, la Corte argentina ha internalizado en “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”¹²⁵ la obligación estatuida por aquél en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”¹²⁶ que puso en cabeza de los poderes judiciales de los Estados la obligación de llevar adelante una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH,

125 *Fallos*, 330:3248, de 13 de julio de 2007.

Los alineamientos fueron: por la mayoría votaron los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

126 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

debiendo tenerse en cuenta en tal faena no solamente la literalidad de dicho instrumento internacional sino la interpretación que del mismo ha llevado adelante el citado tribunal interamericano en su papel de intérprete último y final¹²⁷. Tal tendencia ha sido profundizada en un caso posterior, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”¹²⁸, donde se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, recordando que dicho Tribunal interamericano “ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –remarcado agregado– (id. consid.); y

- d. que en casos en que media una prohibición legal de difusión de noticias relativas a menores (por ejemplo, los nombres de los vinculados a causas judiciales), la doctrina constitucional surgente de “Campillay” es inaplicable, con lo cual la ponderación se decanta

127

En efecto, en el consid. 21 de la moción mayoritaria, y exhibiendo gran permeabilidad hacia los pronunciamientos de la Corte IDH, cita el criterio que en los siguientes términos ésta expusiera en el caso “Almonacid Arellano”: “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 mermados 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*” –remarcado añadido– (párr. 124).

128

Fallos, 333:1657, de 31 de agosto de 2010.
Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

a favor de la pauta de aseguramiento del “interés superior del menor” –consagrada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño– por encima de la mínima interferencia que pudiera generarle a la libertad de prensa la proscripción de identificarlos.

6. En conexión con lo antedicho, en la percepción que mantiene la Corte Suprema, el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole tiene un lugar “eminente” aunque no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio, ya que el constituyente “no tuvo el propósito de asegurar la impunidad de la prensa”. Sea como fuera, creemos que vale intercalar a sus efectos que la Corte IDH ha señalado que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita” ante el ejercicio abusivo de la libertad de pensamiento y de expresión¹²⁹.

Con todo, la Corte Nacional ha advertido que los remedios reparadores son los establecidos normativamente y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una “adecuada medida de protección” a los otros derechos en tensión, ya que “la ligereza en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad conspiraría contra la formación de una prensa vigorosa –en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir– y ello entorpecería el desenvolvimiento de la función esencial de control de la cosa pública que lleva a cabo la prensa en una república”¹³⁰.

7. De su lado, es también laudable que el Tribunal ya desde hace mucho tiempo (en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, de 1992) haya operativizado directamente (y precisado en fallos posteriores) el derecho de rectificación o respuesta contenido en una fuente internacional (la CADH) aun ante la inexistencia de una ley que lo vehiculase endógenamente.

129 V.gr., “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, cit., párr. 104 y “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, cit., párr. 79.

130 *Fallos*, 319:3085, voto de los doctores Belluscio y López (consids. 5º y 6º).

En la citada sentencia, la mayoría de la Corte argentina dejó en claro que “en el análisis valorativo del denominado ‘derecho de respuesta’, no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad...”¹³¹.

Asimismo, en “Petric Domagoj” ha sostenido, siguiendo al Tribunal Constitucional español, que además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone un complemento a la garantía de la opinión pública libre ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege¹³².

8. No pueden olvidarse algunos significativos avances en nuestro país, como pueden ser la derogación del delito de desacato a tono con el compromiso asumido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el fallo de la Corte Suprema en el caso “Editorial Río Negro S.A.”, de gran importancia institucional y de valiosa significación al animarse a ingresar al sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado.

Sin embargo, tampoco sería justo omitir señalar la existencia de algunas asignaturas pendientes en materia de libertad de expresión en general, por ejemplo, el dictado de una ley general de acceso a la información pública, cuya emisión sigue demorada. En esta línea, otro punto negativo viene representado por la presión gubernamental a ciertos medios de comunicación, con más que discursos crispados, siendo altamente recomendable que el gobierno nacional medite previamente y actúe con serenidad y prudencia para evitar declaraciones intolerantes o desmedidas hacia ciertos sectores de la prensa.

131 Consid. 10 de la posición mayoritaria.

132 Consid. 12 de la mayoría.

9. Nada se descubre al recordar que existe íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, pues aquéllas asumen sustancial importancia para la efectiva existencia de una sociedad democrática y para la configuración y saludable vigencia de una opinión pública abierta, tolerante y pluralista, debiendo evitarse o combatirse cualquier tipo de censura previa o de interferencia o presión directa o indirecta que las afecte.

Y precisamente en torno de este último tópico, *mutatis mutandi*, viene a cuento el pensamiento de BINDER, para quien: “Todo Estado democrático es sustentado por la crítica política; a su vez, todo gobierno se siente amenazado por ella. Bajo este conflicto subyace una de las tensiones fundamentales de la vida política, que traza el límite tras el cual comienza el autoritarismo”¹³³.

133 BINDER, Alberto, “Ofensas a los gobernantes: crítica política e injusto penal”, *Doctrina Penal*, N° 44, Ed. Depalma, Buenos Aires, pp. 647 y ss.; cit. por BERTONI, Eduardo A., *op. cit.*, p. 3.

POR UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JOTTIN CURY HIJO¹

SUMARIO: I. Breve introito. II. El caso de España. III. La opinión de Robert Badinter. IV. Un artículo del Dr. Milton Ray Guevara. V. El Consejo Constitucional. VI. El Tribunal Constitucional y los derechos fundamentales. VII. La justicia constitucional y el orden político. VIII. Conclusión.

I. Breve introito

La jurisdicción constitucional ha estado ausente de nuestra vida institucional. En cambio, otros países hispanoamericanos, influenciados por una corriente europea que empezó después de la Segunda Guerra Mundial, han instituido tribunales especializados para conocer sobre la constitucionalidad de las leyes.

En nuestro país le ha correspondido a los tribunales ordinarios decidir si la ley adjetiva se ajusta a nuestra Ley de Leyes. En tal sentido, han prevalecido en distintas épocas tanto el control concentrado como el difuso, incluso han coexistido simultáneamente como ocurre en la actualidad.

1 Profesor Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Director de la Academia de Dominicana del Derecho. Ex Consultor Jurídico de la Corporación de Empresas Estatales; Articulista de los Periódicos El Caribe, Última Hora y Hoy de República Dominicana. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU).

No pocos juristas abogan entre nosotros por crear una Sala Constitucional dentro de la Suprema Corte de Justicia, argumentando que así se evitarían eventuales conflictos entre las decisiones del Supremo Tribunal y una eventual Corte Constitucional que funcionaría de manera independiente. Conforme a este criterio, se mantendría mayor uniformidad y armonía en las decisiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, en razón de que no habría fricciones entre dos tribunales que funcionarían con autonomía propia.

Semejante razonamiento no justifica en modo alguno la incorporación de una sala con atribuciones constitucionales dentro de la actual SCJ. Los países avanzados que han adoptado el modelo de la democracia representativa, la cual descansa a su vez en la división tripartita de los Poderes del Estado, han creado su jurisdicción constitucional independiente de la judicial. Francia, Italia, España, Alemania y casi todos los demás estados europeos continentales tienen sus tribunales constitucionales claramente distanciados y diferenciados de la jurisdicción judicial.

II. El caso de España.

El Magistrado de la Audiencia Nacional de España, José Luis Terreros Chacón, en una conferencia que dictó en nuestro país en agosto del 2002 expresó: “La referencia hecha al Poder Judicial y a sus órganos de gobierno tiene como principal objetivo distinguirlo del Tribunal Constitucional, por cuanto en el sistema español el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, ni está integrado en su estructura funcional o gubernativa. El Tribunal Constitucional se configura como un Órgano Constitucional independiente del resto de los Poderes del Estado y sometido exclusivamente a la Constitución y a su normativa orgánica.” En tal sentido, es claro que siendo la Constitución la norma suprema en todos los estados democráticos modernos, conviene apartar el elemento político que le es inherente de la jurisdicción judicial, la cual debe limitarse únicamente a conocer de los litigios entre particulares.

Además, separando el Tribunal Constitucional de los tribunales ordinarios se evitaría la confrontación entre los diversos Poderes del Estado, lo que desafortunadamente ocurre constantemente entre nosotros cuando la SCJ declara la inconstitucionalidad de un decreto, o como ha sucedido en el pasado, cuando nuestro máximo Tribunal se ha arrogado la facultad de declarar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, atribuyéndose arbitrariamente un control preventivo de la constitucionalidad que no existe en nuestro país. Más claramente, adoptando el modelo propio de todas las legislaciones avanzadas que tienen su jurisdicción constitucional claramente diferenciada de la judicial, se respetaría el principio de la separación de los poderes y nos ahorraríamos las continuas intromisiones de un Poder del Estado sobre las atribuciones exclusivas de otro.

En ese orden de ideas, el Magistrado Terreros Chacón apunta: “Frente a los sistemas propios del derecho anglosajón, implantado en algunos países americanos, en los que el control de constitucionalidad queda en manos de los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial, en los estados europeos continentales es frecuente que el citado control se atribuya a un órgano específico, independiente del Poder Judicial. El legislador constituyente español siguió este último modelo, y tomando como referencia el sistema francés y alemán, atribuyó el control último de constitucionalidad a un órgano jurisdiccional específico y diferenciado del Poder Judicial. Este órgano es el Tribunal Constitucional”. Más todavía, la mayoría de los países sudamericanos como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú tienen su Tribunal de Garantías Constitucionales funcionando al margen del Poder Judicial.

En un anteproyecto de reforma constitucional impreso en abril del 2001 por el Consejo Nacional para la Reforma del Estado (CONARE), se concibió en su artículo 86 un Tribunal Constitucional que funcionaría al margen de la SCJ y que además conocería “en única y última instancia de la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos o actos , o parte

de los mismos, a instancias de la Función Ejecutiva, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.” De haberse acogido la fórmula concebida en este anteproyecto, se hubiese resuelto el conflictivo problema de otorgarle potestades excesivas al Poder Judicial.

Todos los países que han instituido la jurisdicción constitucional le otorgan a esta el monopolio exclusivo para conocer de la constitucionalidad de las disposiciones normativas con rango de ley. Por tanto, no es cierto que puedan suscitarse dificultades entre un Tribunal Constitucional y nuestra SCJ si se le sustrae a esta última el control concentrado de la constitucionalidad que actualmente posee.

III. La opinión de Robert Badinter

Todavía persiste entre algunos abogados la creencia de que resultaría conveniente concentrar la justicia civil, penal, constitucional y administrativa en la SCJ. Con el argumento de que esta fórmula evitaría potenciales conflictos entre distintas jurisdicciones, se decantan por la concentración de poderes en un solo órgano. Los que así piensan no se han tomado la molestia de estudiar la estructura judicial de otras naciones institucionalmente más avanzadas. Sin realizar un elemental ejercicio de derecho comparado, se dan a la tarea de opinar sobre bases subjetivas.

Uno de los razonamientos fundamentales que justifican la creación de un Tribunal Constitucional que funcione de manera independiente, es que usualmente esta jurisdicción especializada conoce de asuntos que tienen un alto componente político. Por tanto, no es nada saludable que la Corte de Casación, cuya función esencial es decir si la ley ha sido bien o mal aplicada en litigios entre particulares, se inmiscuya en asuntos que tienen marcados ribetes políticos.

En efecto, Robert Badinter, en sus conferencias dictadas recientemente, citó a título de ejemplo que los casos relativos tanto

a los sindicatos de trabajadores como a los medios de comunicación, por sus marcadas consecuencias políticas y sociales, deben ser dilucidados por el Consejo Constitucional francés. Más claramente, determinados asuntos que por su seriedad y complejidad escapan a la jurisdicción ordinaria, requieren de jueces especializados independientes capaces de adoptar decisiones difíciles.

Otra de las razones que dio el jurista francés para justificar la separación de ambas jurisdicciones, fue la peligrosidad que supone concentrar poderes omnímodos en pocas manos, sobre todo en una democracia representativa en la cual los magistrados no son escogidos por el voto popular. A su juicio, el equilibrio propio del sistema se vería amenazado en la eventualidad de que se concentren tantos poderes en unos pocos individuos y por un largo período de tiempo.

Cuando enfocó el sistema norteamericano, que es el único que contempla la modalidad de jueces vitalicios electos por el pueblo, indicó con mucha propiedad que ese modelo responde a una época en la cual los jueces eran escogidos aproximadamente a los cincuenta años. Y dado que el promedio de vida en aquel entonces era de sesenta años, se esperaba que permanecieran en el ejercicio de sus funciones por un lapso que oscilaba entre diez y quince años a lo sumo. Pero debido a los avances de la medicina moderna, la esperanza de vida actualmente alcanza hasta los noventa años de edad, razón por la cual ese mecanismo de selección de los jueces resulta inapropiado en la actualidad.

De acuerdo a la acertada opinión de Badinter, no conviene en modo alguno escoger jueces bajo este esquema en razón de que podrían permanecer en sus cargos durante treinta o cuarenta años, y con la agravante de que a medida que van envejeciendo suelen perder contacto con la realidad del momento. Según explicó, las personas de avanzada edad tienden a divorciarse con los valores y estilo de vida de la juventud que está destinada a reemplazarla.

Sin embargo, fue cauto al señalar que el período de duración de los jueces llamados a conformar el Tribunal Constitucional, debe ser prolongado. Destacó lo lento que es el aprendizaje en esta delicada materia, debiendo sus integrantes dedicarse únicamente a su estudio y además estimó que sus atribuciones no deben ser compatibles con ningún otro oficio, inclusive la docencia universitaria.

No es cierto que las decisiones dictadas por la SCJ entrarían en contradicción con las que eventualmente puedan emanar de un Tribunal Constitucional. Si se delimitan bien las atribuciones de cada jurisdicción no se producirían conflictos como falsamente se ha expresado. El profesor Badinter fue claro cuando enseñó que tales posibilidades no ocurren por la sencilla razón de que conocen sobre temas distintos.

IV. Un artículo del Dr. Milton Ray Guevara

Por otra parte, en un interesante artículo publicado en el Listín Diario el 10 de junio del corriente año, el Dr. Milton Ray Guevara señaló: “Actualmente los grandes maestros de Derecho Constitucional concuerdan en que la justicia constitucional independiente es una de las instituciones de mayor prestigio en las democracias que las han adoptado”.

El autor de este trabajo recoge las opiniones de diversos juristas franceses, españoles e hispanoamericanos quienes defienden con vehemencia la necesidad de instituir una justicia constitucional independiente. Claro, los criterios de estos juristas están fundamentados en la experiencia asimilada en sus respectivos países con ocasión de haberse instituido una jurisdicción constitucional autónoma.

Para el buen funcionamiento de esta jurisdicción especializada se requiere que las distintas fuerzas políticas y sociales de la nación se encuentren representadas en el Tribunal Constitucional. Además resulta fundamental que la población le tenga confianza

a esta jurisdicción en razón de los poderes que les son delegados. Utilizando las palabras del eminente tratadista francés, Louis Favoreau, se precisa que “los controlados tengan confianza en los controladores”.

Además es indispensable que esta jurisdicción goce de la más absoluta independencia en todos los órdenes. Sus miembros deben estar al abrigo de cualquier clase de presión externa. Los franceses, con el propósito de evitar la más mínima intromisión, le confieren al Consejo Constitucional una triple autonomía: reglamentaria, administrativa y financiera.

V. El Consejo Constitucional

Los franceses, por su parte, han instituido en su Constitución del 4 de octubre de 1958 un Consejo Constitucional compuesto por nueve jueces, de los cuales tres son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente del Senado y los tres restantes por el Presidente de la Asamblea Nacional.

Las principales atribuciones del Consejo Constitucional son el control de la constitucionalidad de las leyes, el de las elecciones presidenciales y legislativas y los referéndums, además de intervenir en el funcionamiento de ciertas instituciones. Es obvio que se trata de un órgano especializado e independiente del Poder Judicial. Y así podríamos citar una gran cantidad de legislaciones avanzadas que han articulado su jurisdicción constitucional al margen de los tribunales ordinarios y los órganos administrativos.

El mandato otorgado a los jueces constitucionales no es susceptible de renovación alguna y expira luego de haber transcurrido un período de nueve años. Los franceses han optado, al igual que Italia y Portugal, por otorgarles a estos jueces especializados un período lo suficientemente amplio para que puedan desempeñar sus labores dentro de un marco de estricta independencia. El

mandato en esta materia, una vez otorgado, es irrevocable pudiendo los jueces cesar en sus funciones únicamente en caso de muerte, renuncia o por haber sido separado del cargo por sus pares de conformidad con las reglas establecidas en la propia Carta Sustantiva.

Es preciso indicar que cuando se instituyó formalmente esta jurisdicción, la gran mayoría de los juristas y políticos franceses, que no tenían ninguna experiencia en esta materia, criticaron duramente el Consejo Constitucional en razón de que estimaban que era innecesario. Sin embargo, con el discurrir del tiempo las cosas han ido cambiando y actualmente la inmensa mayoría de la doctrina reconoce que esta institución es fundamental para preservar el Estado de Derecho.

VI. El Tribunal Constitucional y los derechos fundamentales

Si bien es verdad que en principio la justicia constitucional no tiene por qué inmiscuirse en la protección de los derechos y libertades fundamentales, no menos cierto es que actualmente resulta difícil concebir esta jurisdicción al margen de tales derechos. Concluida la Segunda Guerra Mundial, la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzó a trazar ciertas pautas en todo lo relativo a las libertades fundamentales del individuo.

Esta tendencia se extendió al continente europeo, específicamente a Bélgica y Francia, motivando así a los Tribunales Constitucionales a no limitarse a conocer de los conflictos suscitados entre los poderes públicos, sino también ensanchar su radio de acción al ámbito de los derechos y libertades fundamentales.

La distensión antes apuntada ha contribuido a acrecentar el prestigio de la jurisdicción constitucional en todas las naciones civilizadas en las cuales se ha instituido.

VII. La justicia constitucional y el orden político

No debemos olvidar que la justicia constitucional surge en casi todos los países europeos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, produciéndose el fenómeno de la “judicialización de la actividad política”. ¿En qué consiste? Simplemente en ajustar las actividades de los actores políticos para que se circunscriban a la norma suprema, esto es, a la Carta Sustantiva.

¿Cuáles han sido los efectos? Se ha pacificado la vida política puesto que los actores del sistema confían plenamente en la equidistancia del Tribunal Constitucional, que juega un papel esencial en la preservación del equilibrio que supone la democracia representativa.

Pero también la justicia constitucional ha originado lo que se denomina “la constitucionalización del orden jurídico”, o sea, ha contribuido a resucitar textos que antes eran inaplicables mediante la interpretación audaz. Esto ha generado diferencias entre los que sostienen que debe prevalecer la intención del legislador constituyente y los que, por el contrario, se inclinan por atribuirle al juez constitucional la facultad de ajustar la norma a las cambiantes necesidades sociales.

Pero sea como fuere, lo cierto es que “constitucionalizar el orden jurídico” ha servido para darle vida propia a la norma constitucional y además para erigir a la Carta Sustantiva en una especie de fuente que alimenta continuamente a todas las áreas del derecho.

VIII. Conclusión

El licenciado Erick Barinas, en un enjundioso artículo publicado en el vespertino *El Nacional* indicó: “La historia dominicana, cargada de abusos de poder y autoritarismo, y las corrientes modernas de libertad, democracia y civilización, reclaman que en nuestra Constitución se establezca un Tribunal de Garantías

Constitucionales independiente, autónomo y especializado que vele y proteja los derechos humanos e individuales de las personas y los ciudadanos, y sepa juzgar y frenar los excesos que se cometen en todos los poderes públicos.” .

Entre nosotros se impone organizar tanto la jurisdicción administrativa como instituir un Tribunal Constitucional que funcione con independencia y cuya misión esencial sea la de velar con carácter de exclusividad por la constitucionalidad de las leyes.

Si en esta reforma constitucional logramos ambos objetivos, habremos dado un gran paso de avance en la consolidación de nuestras instituciones democráticas. Esperemos que la sensatez prevalezca, para que no sucumbamos fruto de la ambición desmedida de sectores que han logrado adormecer a la opinión pública con una avasallante propaganda mediática.

LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN NICARAGÜENSE EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

SERGIO J. CUAREZMA TERÁN¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La persona frente al poder. 1. La profundización del Estado de Derecho. III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia. 1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía. 2. Desarrollo legislativo de la Constitución. a. El modelo del Estado nicaragüense. b. La Administración pública. 3. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho. 4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial. 5. Estado de Derecho y Cultura. IV. En busca de los Derechos Humanos.

I. Introducción

Nicaragua ha optado, sin duda, y con singular determinación, por un nuevo orden democrático con desarrollo y justicia para la población. Existen ciertas tendencias cada vez más fuertes a la democratización y la transformación de sus instituciones, también la modernización económica, racionalización y privatización del espacio estatal, entre otras. Sin embargo, y muy a pesar de estos grandes esfuerzos, en el país se han profundizado las contradicciones

1 Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (<http://www.poderjudicial.gob.ni/magistradocuarezma>) y Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (www.inej.edu.ni). Investigador Científico del Área de Derecho Penal y de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, España y del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Americana (UAM). E-mail: cuarezma@hotmail.com

económicas y sociales, la pobreza ha aumentado, la iniquidad y la violencia social no ha desaparecido, y muchas de las instituciones democráticas y sociales han sufrido un grave deterioro.

Ante esta situación, la atención del Estado debe centrarse estratégicamente en promover el aseguramiento de las condiciones básicas de vida para el ciudadano (seguridad humana), la erradicación de la pobreza, propiciar la creación de espacios de democratización, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas y los principios del Estado de Derecho. Los esfuerzos dirigidos hacia la creación y fortalecimiento de las condiciones para el respeto de estos principios significan el cimiento para lograr un desarrollo integral, ya que estos permitirían ofrecer condiciones para la gobernabilidad y la estabilidad en el proceso democrático que actualmente vive el país. Y, en aspectos concretos, igualmente implica generar la confianza para la inversión privada como actor importante en el fortalecimiento económico de los países. La promoción del Estado de Derecho permite a los sectores menos favorecidos o vulnerables la reivindicación de sus derechos y libertades con la promoción de la seguridad jurídica, producto de la garantía de la independencia de la justicia y la no concentración del poder. El Estado debe aunar esfuerzos para la identificación y aplicación de una estrategia de gestión para fortalecer y profundizar el proceso de construcción o transformación del Estado de Derecho.

Hay que destacar, que el país advierte una carencia de institucionalidad sólida, carece de una cultura democrática arraigada, y padece de crisis económicas recurrentes, y de una pobreza creciente. Estos factores evitan que el Estado (de Derecho) y sus instituciones no cristalicen de forma profunda. No debe haber un Estado democrático con pobreza. Los poderes del mismo frecuentemente están en un sitio distinto al consagrado por el ordenamiento jurídico. La realidad institucional, la constituyen pues, una Asamblea Nacional

débil, un Poder Judicial poco confiable y una Administración pública frágil. Los estudios de Mitchell Seligson y la Encuesta Nacional sobre integridad y corrupción, realizada por CIET Internacional y financiada por el Banco Mundial, hace más de dos años, señalaban con grave preocupación la desconfianza de los nicaragüenses en sus instituciones democráticas, situación que nuevamente se manifiesta en la quinta y sexta consulta ciudadana, de julio de 1999, del Grupo cívico Ética y Transparencia. En este sentido se expresa el Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá de 2003. También, y a pesar de que la aspiración democrática de Nicaragua parece tener un rango popular muy alto, existe un déficit democrático significativo en la cultura, comportamiento y prácticas cotidianas de la comunidad.

Existe pues cada vez más la convicción de que la sociedad nicaragüense está organizada por un Estado frágil y atomizado. El problema real es que el Estado nicaragüense ciertamente no está organizado ni estructurado como tal, por lo tanto no es el centro del poder, sino el lugar donde pueden satisfacer las demandas cualquier núcleo de poder de *facto*. El problema del Estado nicaragüense no es el exceso de poder, sino precisamente su carencia y falta de institucionalidad, con lo que corre el riesgo de que cualquier persona, institución o poder de *facto* lo suplante y, subsiguientemente las personas carezcan de protección ante esta realidad.

No obstante, la democracia continúa siendo para el país un referente esencial para su proceso de transformación. Así, y de forma progresiva, se han establecido los Derechos fundamentales de las personas; aparecen los partidos políticos y se marcha a los procesos electorales, constituidos en demandas permanentes de la población. Sin embargo, a lo largo de este proceso de transición se percibe una tendencia de la democracia a estancarse en sus logros iniciales, mostrando gran incapacidad para remontarse hacia sus otras ofertas.

La democracia se expresa en una realidad jurídico-política, satisfaciendo a los actores políticos y a las instituciones del Estado, pero produciendo una creciente y manifiesta insatisfacción en la población.

II. La persona frente al poder

El poder del Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales de la comunidad social, pero también constituye una gran tentación para quienes lo alcanzan. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo a los intereses de la sociedad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todas las épocas. Una de las principales funciones del derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio.

El poder está limitado por la soberanía que radica en el pueblo (art. 2 Constitución Política) y debe estar concebido para el desarrollo, progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución Política considera nulos los actos del poder público violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones (art. 131 Constitución Política).

Sin embargo, no todos los habitantes tienen el conocimiento de la obligatoriedad del poder público de sujetar su ejercicio a la Constitución y las leyes. Por ejemplo, esto ocurre con la Administración pública, pues la mayoría percibe lo que es un ministro, un alcalde, un concejal, pero no todos saben que la “función pública” se debe a los “intereses del pueblo” y que los funcionarios “deben de atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos” (art. 131 Constitución Política), y que, por tanto, esa organización administrativa ha sido dotada de facultades excepcionales para ello.

El sistema constitucional, por sí mismo, no garantiza que el poder actúe sin violentar los principios de legalidad y de la libertad como garantías jurídicas. Por el contrario, en su diario hacer, puede producirse (y de hecho se producen) actos de violencia, pues el poder se inmiscuye en la cotidianidad de la vida de las personas.

Aquí aparece la idea de someter al poder y de dotar al habitante de los instrumentos que le permitan exigirle que justifique su manera de actuar ante el derecho. Todo ello se justifica, además, porque la Constitución Política basa el sistema de garantías sobre la noción esencial de los principios de “libertad, justicia y el respeto a la dignidad de la persona humana”, entre otros (art. 5 Constitución Política). El poder, justamente por serlo, puede actuar con violencia o abuso en el uso de las facultades discrecionales de las cuales tiene que gozar para cumplir con su cometido de procurar el bienestar público. Igualmente puede ser violento en la aplicación de su poder normativo, amparándose en su pura formalidad y, con más razón, en el ejercicio de las prerrogativas de la administración en el desarrollo de su actividad ordinaria.

Las actuaciones del poder no pueden ser reductos de impunidad. Por eso deben ser susceptibles de enjuiciamiento por cualquiera que resulte afectado por ellas. La Constitución prevé en este sentido un sistema de protección jurisdiccional de los derechos y garantías, basado en el principio de la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben esos derechos. Este sistema da origen a recursos como el de Amparo, el de Inconstitucionalidad y el contencioso-administrativo, este último con rango de ley ordinaria.

En este sentido, el Recurso de Amparo al igual que el de Inconstitucionalidad y el de Exhibición Personal tienen como fin garantizar la supremacía de la Constitución Política. El Recurso de Amparo faculta a los ciudadanos y ciudadanas a proceder en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de

los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías que la Constitución Política le consagra. El Recurso de Inconstitucionalidad le permite a los ciudadanos o ciudadanas, cuando una ley, decreto o reglamento les perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales, acudir directamente a la Corte Suprema de Justicia, siguiendo determinados procedimientos para que se tutelen sus derechos afectados. El Recurso contencioso-administrativo es un mecanismo compensatorio puesto a disposición del particular, para garantizar su posición jurídica frente a la Administración pública.

1. La profundización del Estado de Derecho

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución Política y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana.

Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones (educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria) así como su intensidad (Ver arts. 57, 58, 59, 63 y 64 Constitución Política).

III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia

La existencia de un Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica del habitante, y se apoya en

tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de legalidad (bajo el cual el Estado somete su actividad) y la separación de funciones de los poderes del Estado. Incluye en su noción la creación del derecho supeditado al hecho de que la Constitución es la Ley Suprema. También que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional y que deben de estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos.

1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía

Las características del Estado de Derecho son, entre las fundamentales, la sujeción al principio de legalidad, a la jerarquía normativa, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de las personas, a la reserva de ley y al control judicial de los actos administrativos. Estas características del Estado de Derecho, se traducen en seguridad para la realización de los valores sociales y su respeto frente a probables actos arbitrarios de los poderes públicos.

El Estado de Derecho tiene como base el principio de legalidad, garantía contra el abuso del Estado en contra de las personas. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma jurídica. En este sentido el habitante queda protegido cuando el Estado se ve imposibilitado a infringir la ley, es decir, que la relación Estado-Habitante está fundamentada en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho: la *seguridad jurídica*. En dicha relación el Poder Judicial aparece como un presupuesto para garantizarla. Por esta razón *la independencia externa e interna y el prestigio del Poder Judicial* es tarea prioritaria y estratégica en el proceso democrático que vive Nicaragua.

2. Desarrollo legislativo de la Constitución

No obstante, para alcanzar ese Estado de Derecho es necesario convertir en leyes los postulados constitucionales aún pendientes de desarrollar y articular. Existe un consenso entre los juristas nicaragüenses que el texto de la Constitución requiere un desarrollo legislativo acorde con sus amplios horizontes y con la complejidad del momento actual. Esto hace urgente fortalecer y apoyar al Poder Legislativo y al Poder Judicial en la tarea de definir, promulgar y hacer que se apliquen las leyes necesarias para garantizar la vigencia real de todos los Derechos fundamentales de las personas. Habrá que redoblar esfuerzos políticos, administrativos y económicos para la creación de leyes cada vez más ajustadas tanto a la realidad actual como a las más ambiciosas visiones de futuro de la nueva Nicaragua.

Desde su perspectiva actual, el texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre la titularidad formal de los derechos en él consagrados y su ejercicio real y efectivo. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad social que garantice, en primer lugar, que el Estado esté conceptualizado, estructurado y organizado de forma coherente a su naturaleza o modelo constitucional, el Estado Social de Derecho (art. 130 Constitución Política). En este sentido, el Estado estaría organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa (Por ejemplo: Ley de Organización del Estado; Ley General de la Administración Pública) Es decir, el Estado nicaragüense debe experimentar una reforma urgente y profunda en el plano formal e institucional, social y económico. Ya que no es posible, por la propia naturaleza de su modelo, pretender la existencia de un Estado pasivo, artesanal y contemplativo, sólo de carácter formalista.

El desarrollo del Estado de Derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia se traduce

en estabilidad política, económica y social. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un marco de legalidad administrativa adecuada a las necesidades del país; fortalecer la separación, independencia y coordinación entre los poderes del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos conforman los pilares mínimos para la construcción del Estado constitucional de Derecho.

En este sentido, el Estado de Derecho es la garantía real de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y desarrollo. También asegura que la institucionalidad pública se remita a áreas de competencia, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad y seguridad.

a. El modelo del Estado nicaragüense

La idea de fortalecer el Estado de Derecho, cobra mayor necesidad si se toma en consideración la naturaleza constitucional del Estado nicaragüense. La Constitución Política (producto de las reformas de 1995) establece que la Nación nicaragüense se constituye en un “Estado Social de Derecho” (Art. 130 Constitución Política).

Este modelo de Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, por lo menos en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación *de defender a la sociedad de su propio poder*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a

Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. La Constitución Política, al crear el modelo de Estado en Social y de Derecho, hace que del *Estado-guardián* preocupado ante todo de no interferir en el juego social, pasa a configurarse en un Estado *intervencionista* (*Welfare State*).

El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis, la aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas.

Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, no obstante, para impedir que se desarrolle en un Estado intervencionista autoritario. Pero para la gran mayoría de las población es el Estado Social es el que les permite hasta avanzada edad una vida relativamente digna, basada en la libre determinación, como expresa *Helmut Simon*. El fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real o social. Así, la fórmula del Estado Social que establece la Constitución Política, estaría al servicio de las personas (art. 131 Constitución Política), y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad, sin temor de que se desborde de los controles del Estado de Derecho.

b. La Administración pública

En la sociedad nicaragüense existe un elevado nivel de expectativas en torno a la actividad de los poderes públicos. Sin desconocer el papel positivo que ha jugado el sistema político en la transformación de la sociedad nicaragüense, en el curso de su evolución se han generado algunas disfunciones que le impiden acompañar y sostener las transformaciones que son una exigencia perentoria; impidiendo la plena realización de las garantías sociales, económicas, políticas e individuales contempladas en la Constitución.

La Administración pública es un instrumento de ejecución de las políticas del Estado, empero en su estructura reproduce los desajustes del sistema político y su pérdida de dinamismo e incapacidad para dar adecuadas respuestas a las crecientes y heterogéneas demandas emanadas de la sociedad civil. Se evidencia así una marcada falta de capacidad para impulsar el proceso de transformaciones requerido y atender debidamente al ciudadano y ciudadana en los aspectos que la Ley pone a su cargo. La disfunción básica de la Administración pública puede estar en el llamado “sistema del botín”. En el sistema del botín (*spoil system*) al implicar la sobrepoblación de todas las decisiones que afectan el aparato público, aumenta la discrecionalidad en las decisiones públicas, y sustenta la selección y precaria continuidad de los funcionarios públicos, en lealtades partidistas y personales. Se basa en que el poder público, el “botín”, pertenece y es distribuido por el partido triunfador.

La presencia excesiva de la *ratio* política, signada por el sistema del botín, si bien encontró su razón de ser en circunstancias históricas y en contextos determinados, hoy en día se yergue como un obstáculo fundamental para el desarrollo de una administración eficiente. Esta debe caracterizarse por la estabilidad en la función pública, y estar dotada de funcionarios competentes, capaces de orientar a la administración pública hacia la atención de las demandas de las mayorías y no de cerrados criterios clientelistas.

Una administración que se configure sobre esta base, será capaz de establecer y administrar reglas iguales para todos, estables en el tiempo, que brinden seguridad a la sociedad civil y que estimulen su fortalecimiento.

3. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho

Una de las bases del Estado de Derecho es un Poder Judicial autónomo e independiente, provisto de los necesarios recursos humanos y materiales, dotado de una infraestructura técnica moderna y formado por jueces y magistrados capacitados que reúnan las condiciones profesionales, técnicas y de integridad moral, y por tribunales cuya organización y funcionamiento aseguren un rendimiento satisfactorio y oportuna resolución de los juicios.

Asegurándose de esta forma la supremacía o el imperio de la Constitución y las leyes y con ello la plena vigencia de los derechos y garantías de la persona, esenciales para el desarrollo democrático del país.

4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial

Una reforma al Poder Judicial no se agota en la modificación de la estructura de los tribunales, sino que debe aspirar a un adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, mediante la adopción de sistemas, métodos y procedimientos que permitan una mayor eficiencia en el servicio de la Administración de justicia, y se traduzca en más rendimiento de los tribunales y racionamiento del gasto que ellos ocasionan. Así como reformar los sistemas administrativos y, entre otras medidas establecer un régimen de distribución de expedientes en todas las jurisdicciones y modernizar los sistemas de archivo; e incorporar la informática a todo el sistema de Administración de justicia, como requisito indispensable para agilizar y modernizar los procedimientos y procesos, tanto administrativos como jurisdiccionales.

5. Estado de Derecho y Cultura

El Estado de Derecho se fundamenta en la estabilidad del orden jurídico, en la interiorización de dicho ordenamiento por el propio sistema, y en la transformación de la cultura jurídica de la sociedad.

Este último aspecto es importante para la concepción de una reforma legal, ya que la misma no puede ser percibida tan sólo como una secuencia de transformaciones formales de códigos y leyes, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado contable, una transformación cultural de gran dimensión.

Por tanto la reforma debe abordarse también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de las personas, en algunos casos, se producen a pesar de la existencia de garantías suficientes en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho para la persona no es un valor fundamental. Debe implantarse el Estado de derecho como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre los mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de que cada persona lo asuma como propio.

IV. En busca de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son comunes a todas las mujeres y hombres, esa concepción se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptada en 1948. La Constitución Política no sería lo que es sin los Derechos humanos. En este sentido, se produce, como expresa el profesor Pérez Luño, un vínculo interdependiente de carácter genético y funcional entre el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, *ya que el Estado de Derecho para serlo debe garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican*

para su realización al Estado de Derecho. De la misma manera la Constitución económica representa la base material de la actuación de los derechos fundamentales, pero la misma se haya integrada en gran medida, por aquellos derechos humanos que delimitan el régimen de la propiedad, la libertad de mercado, el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social.

Desde el punto de vista teórico los Derechos humanos tienen su correlativo crítico y propositivo en Nicaragua, puesto que la formalidad de las normas que rigen dan lugar a un cuestionamiento a su origen liberal –clásico, pasando por las distancias existentes entre su positivación y su vigencia real, hasta llegar al contraste de éstos con las demandas cotidianas de vastos sectores sociales.

Así la Constitución Política de Nicaragua contiene un importante y generoso contenido en Derechos Humanos, cuya amplitud nada tiene que envidiar a la de los países que suelen considerarse como modelos por el derecho constitucional comparado. La lectura de la misma es altamente positiva en este sentido. Hay que destacar que se ha adherido a casi todos los tratados internacionales que configuran el eje central del derecho internacional de los derechos humanos. En este ámbito, Nicaragua ha demostrado una disposición al compromiso internacional por los derechos humanos.

Sin embargo, para los nicaragüenses los Derechos humanos como realidad política y social abre un abanico de cuestionamientos sobre su viabilidad y nos plantean la relatividad del concepto mismo. El paradigma de los derechos humanos ha significado para Nicaragua un referente para las luchas por mejores condiciones de vida a la población. Su desarrollo en los últimos decenios ha instrumentalizado los canales de expresión de innumerables víctimas silenciadas en el pasado por regímenes militares, dictatoriales y políticos gubernamentales. En este sentido, aunque se da un avance significativo en la legislación nicaragüense sigue sin darse una respuesta esperanzadora a las realidades cada vez más acuciantes que vive el país.

En los últimos trece años Nicaragua ha experimentado cambios significativos en lo que respecta a una reformulación de las políticas en materia de derechos humanos. Los alcances y finalidades de estos espacios estatales son vistas desde ópticas diversas por diferentes sectores de la comunidad: para algunos, se constituyen en importantes logros a defender, mejorar y proteger, dada su inexistencia en regímenes anteriores y las posibilidades que en ellos se vislumbran para desarrollar acciones concretas a favor de los sectores vulnerables.

El país, a pesar de los esfuerzos de transformaciones formales, todavía no tiene ni ha desarrollado totalmente una institucionalidad que promueva o proteja los Derechos humanos. Al estudiar este fenómeno no puede menos que observarse que la consagración de los Derechos humanos en nuestra Constitución Política aparece como *inofensiva* en tanto la precariedad de las instituciones garantizadoras ponen en duda el reconocimiento, respeto y protección de los mismos. En este sentido, contrasta este realismo con la idea deformada de que el propio poder (en sentido general), cuya precariedad no es capaz de reconocer y, por ende, se resiste a ceder una parte del mismo, y si lo hace es con la condición de que le garantice cierta seguridad en caso de perder el poder, como señala el profesor Zaffaroni.

Por tal razón, y como expresa el profesor argentino Zaffaroni, los esfuerzos nacionales e internacionales para mejorar o fortalecer el esfuerzo de la institucionalidad no harán más que reforzar sus defectos si se limitan a lograr una mayor eficacia; cuando una máquina está mal diseñada, nada que no sea el aumento de producto defectuoso se logra haciendo que funcione con mayor eficacia; el mejoramiento del producto depende de un cambio de diseño.

Para otros, a pesar del entusiasmo inicial generado por estos esfuerzos de cambios, se duda en el logro de soluciones duraderas y de fondo a problemas graves de violaciones de derechos humanos, en el plano civil y político, así como en lo que atañe a política

viable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, levantan interrogantes sobre si éstos son funcionales al propio sistema, fundamentado en privilegios, intereses y razones de Estado, que denotarían la ausencia de una voluntad política real para superar la negación de derechos para la mayoría de la población nicaragüense.

Lo que parece evidente es que la sociedad nicaragüense se encuentra en un proceso permanente de transformación lo cual hace comprensible su vida problemática y conflictiva; vive pues enfrentamientos, pugnas, se encuentra inmersa en una profunda crisis. Algunos de estos problemas tienen un carácter transitorio porque están determinados a aspectos específicos que finalizan por ser resueltos de una u otra forma. Otras tensiones son, por oposición, más profundas e implican una grave amenaza para la comunidad y para su existencia misma como institución colectiva y la vigencia de los derechos humanos.

EVOLUCION DE LA ORGANIZACIÓN POLITICO CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA (1975-2005)

IVÁN ESCOBAR FORNOS¹

SUMARIO: Sobre la Organización Política Constitucional. I. Introducción. II. La Constitución de 1974. 1. Sus breves antecedentes. 2. Tipo de Constitución. 3. La soberanía. 4. Sistema de gobierno. 5. División de poderes. 6. Derechos y garantías. 7. Los poderes del Estado. A. El poder legislativo. B. Poder ejecutivo C. El poder judicial. D. El poder electoral. E. El ejército. F. El Distrito Nacional, la administración municipal y departamental. G. Reformas constitucionales. H. Reformas a la Constitución. I. Defensa de la Constitución. III. LA CONSTITUCION DE 1987. 1. Sus breves antecedentes históricos. 2. Tipo de constitución. A. Líneas generales. B. Preámbulo. C. Principios. D. Es una Constitución desarrollada. E. Supuesta división de poderes. F. Estado laico. G. Derechos, deberes y garantías. H. La economía. I. Autonomía de la Costa Atlántica. J. Poderes del estado. a) El poder legislativo. b) Poder ejecutivo. c) La Contraloría General de la República. d) El poder judicial. e) El poder electoral. 3. Procedimiento para reformar la Constitución. IV. REFORMAS A LA CONSTITUCION DE 1987. 1. Antecedentes. 2. Contenido de la reforma de 1995 (Ley No. 192). A. Propósito de las reformas. B. Algunas reformas políticas, sociales y culturales. C. Control de poderes del Estado. D. Reforma a los poderes del Estado. a) Poder legislativo. b) El poder ejecutivo. c) El poder judicial. d) Poder electoral. e) La economía. f) La Contraloría General de la República. 3. Reforma parcial del año 2000 (Ley No. 330). 4. Reforma del año 2004 (Ley No. 940). 5. Reforma parcial del año 2005 (Ley No. 520). 6. Reforma constitucional del 2005 (Ley No. 521). 7. Reforma constitucional del

¹ Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Jurista de Prestigio nacional e internacional. Ex Presidente de la Asamblea Nacional. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Nicaragua.

2005 (Ley No. 527). 8. Nuestra jurisdicción constitucional y la división de poderes. Sistemas de Gobierno en Nicaragua. I. NOTAS SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA PARLAMENTARIZACIÓN. 1. Sistema presidencial. 2. Sistema parlamentario. 3. Crisis del presidencialismo. II. PUNTOS FUNDAMENTALES DEL CAMBIO. 1. Derechos humanos. III. SISTEMA DE GOBIERNO. 1. El ejecutivo. 2. Primer Ministro. 3. Asamblea Nacional. 4. Preguntas, informes, interpelaciones, voto de censura, voto de confianza y disolución de la Asamblea. 5. Poder Judicial. 6. Alcaldes y Vice Alcaldes. 7. Poder Electoral. 8. Reforma a la Constitución. 9. Los cuatro ejes del sistema parlamentario. 10. La administración pública y el sistema parlamentario. 11. Homologación de procesos electorales. BIBLIOGRAFÍA.

Sobre la Organización Política Constitucional

I. Introducción

Nos corresponde examinar brevemente el desarrollo político-constitucional de Nicaragua para presentarlo al Coloquio sobre la Organización político-constitucional de América Latina en los años 1975 al 2005, continuación del celebrado para el período de 1950 a 1975.

Es conveniente advertir que la organización político-constitucional nicaragüense ha cambiado formalmente, pero la técnica y estilo de gobernar siguen iguales (con algunos avances), como era desde nuestra independencia. En este estilo no se toma en serio el cumplimiento de las competencias y derechos respectivamente del Estado y los ciudadanos. La partidización del país penetra en todo el tejido social, político y económico.

Las numerosas constituciones vigentes y otras no nacidas;² la preponderancia que se le ha concedido al ejecutivo sobre los otros

2 Se cuenta en Nicaragua dieciséis constituciones, doce que entraron en vigencia, dos no nacidas y otras dos que no pudieron entrar en vigencia. A las anteriores deben agregarse algunos anteproyectos que quedaron en el olvido. En América Latina se han dictado más de doscientas constituciones. La única que se ha mantenido vigente es la de México, pero con más de cuatrocientas reformas, lo que manifiesta la inestabilidad política e

poderes del Estado; la falta de independencia del poder judicial;³ partidos políticos cerrados en sus estructuras; la escasa cultura general y política en que se ha mantenido a nuestro pueblo; y el funcionamiento irregular de nuestra institucionalidad política, contribuyeron a la inestabilidad política y el surgimiento de dictaduras civiles y militares.

A lo anterior hay que agregar la enorme brecha que separó a los ricos de los pobres durante los treinta años estudiados, brecha que se ha ido extendiendo hasta llegar al día de hoy, en que se concentra la riqueza en pocas empresas familiares organizadas en sociedades monopólicas y oligopólicas, mediante la creación de sociedades en el extranjero que controla en Nicaragua a sus sociedades y sucursales o agencias. Buena cantidad de capitales se formaron a la sombra y tolerancia del Estado. A pesar de todos los progresos y ayudas internacionales, el bienestar no llega hasta el pueblo, empobrecido, destruido, sin educación y trabajo.

Este cuadro político y económico descrito ha exacerbado en la conciencia del nicaragüense un sentimiento de frustración, de incredulidad y desconfianza en los políticos, los partidos y el Estado, lo mismo que en su clase empresarial. El ciudadano fácilmente se entera que las exhaustivas listas de derecho, la exigencia de respeto a la división de poderes, las proclamaciones y defensa de la democracia por las diversas instituciones del Estado, consagradas en la Constitución, no tienen vida en la realidad social y que las constituciones encierran mentiras o son papel mojado frente a los titulares del poder del Estado y los poderosos de la sociedad civil.

institucional de nuestros países, en contraste con la de Estados Unidos de América, cuya Constitución de siete artículos y veintisiete enmiendas es puesta al día por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

3 Por la reforma constitucional de 1962, se logra mediante la inamovilidad de los magistrados de la Corte Suprema un período aproximadamente de doce años de independencia del poder jurídico (1962 a 1974), inamovilidad que se terminó con el pacto Agüero-Somoza mediante la reforma a la Constitución.

Estos fracasos políticos, culturales y económicos son factores fundamentales de la ingobernabilidad.

No es que sea pesimista; por el contrario, creo que sólo conociendo los errores de nuestra historia, y con propósito de enmienda, podemos corregirlos. En ese camino debemos transitar los nicaragüenses y llegaremos a buen puerto, pues algo hemos avanzado.

II. La Constitución de 1974.

1. Sus breves antecedentes

Como producto del pacto entre el Partido Conservador y el Partido Liberal, se sancionó y promulgó el mismo día primero de noviembre de 1974 una nueva Constitución. En este pacto ambos partidos se repartieron cargos en los diferentes poderes del Estado y se le concedieron importantes concesiones económicas a los capitalistas conservadores.⁴

Estos dos partidos, conocidos como las paralelas históricas, con diferentes nombres a lo largo de la historia (timucos y calandracas, conservadores y liberales) gobernaron el país desde la independencia, hasta la Revolución Sandinista de 1979.

El General Anastasio Somoza Debayle, el tercero y último Presidente de la dinastía somocista, fue electo Presidente el 6 de febrero de 1967 como candidato del Partido Liberal Nacionalista. Tomó posesión el 1 de Mayo de 1967 y cumplió su período en 1973. En esas elecciones había sido su oponente principal Fernando Agüero Rocha, un líder inteligente, honesto y carismático. Antes de las elecciones, el líder Agüero Rocha había encabezado un levantamiento popular el 22 de

4 Al Dr. Virgilio Godoy Reyes, honesto e ideólogo del liberalismo independiente de la corriente liberal-somocista, le correspondió participar en el Coloquio de la Evolución de la Organización político- constitucional de América Latina correspondientes a los años 1950 a 1975, pero por razones de tiempo no comentó la Constitución de 1974 con la cual principiamos nuestro trabajo para completar la historia (Universidad Nacional Autónoma de México. México 1978, pág. 255 y sigts.).

enero de 1967 en el que murieron varios de sus partidarios, a pesar de ello, pocos días después, el 6 de febrero se celebraron las elecciones, encontrándose en la cárcel gran parte de la oposición.

El General Somoza Debayle, al aproximarse el vencimiento de su período, quería reelegirse, pero se lo prohibía el art. 186 de la Constitución, reformada en 1950. Para realizar sus ambiciones piensa en hacerle un fraude a la Constitución, mediante la convocatoria a una Constituyente, siguiendo los viejos fraudes que se habían realizado en otras épocas, desde Fruto Chamorro. Por tal efecto, principia a platicar con los conservadores que jefaba Fernando Agüero Rocha. Después de muchas conversaciones, se firmó el pacto Agüero-Somoza el 28 de marzo de 1971, en virtud del cual se celebraría una Constituyente y se elaboraría una nueva Constitución.

La elección de diputados para la Constituyente se celebró el primer domingo de febrero de 1972 y se instaló el 15 de abril de 1972.

Mientras se celebraba esta Constituyente se nombró una Junta de Gobierno integrada por tres miembros, dos liberales y un conservador.

En el pacto se señalaba las bases fundamentales de la nueva Constitución, dejando castrada a la Constituyente. Además en la nueva Constitución aprobada y sancionada el mismo 14 de mayo de 1974, se dispuso que para las elecciones del 1 de septiembre de 1974, no se aplicaría la prohibición de la reelección establecida en el art. 186. Ya sin tal prohibición, el General Somoza Debayle ganó las elecciones. La Constitución de 1974 derogó a la de 1950.

2. Tipo de Constitución

La Constitución de 1974 se considera como una de las Constituciones mejores elaboradas, con rigurosa técnica y coherencia, por supuesto apartando su origen político y aplicación real. Está clasificada dentro de las Constituciones desarrolladas en oposición

a las clásicas, que son breves y dedicadas a consagrar únicamente los derechos individuales. Esta Constitución, no sólo contempla los derechos individuales, sino también, en diversos capítulos y en forma ordenada, los derechos sociales, los familiares y económicos. El constitucionalismo desarrollado o económico social, se inicia en Nicaragua con la Constitución de 1939, continúa con la de 1950, 1974 y en la actual de 1987.

Al amparo de este constitucionalismo social aparecen el Código del Trabajo, el Seguro Social, el derecho a la huelga, la función social de la propiedad y los controles de precios.

Esta Constitución es una repetición de la de 1950, pero también recoge los principios de las Constituciones de 1948 y 1838 (la primera Constitución de Nicaragua como Estado independiente de la Federación Centroamericana).

3. La soberanía

La soberanía reside en el pueblo, es absoluta, indelegable e imprescriptible. Esta soberanía es interna y externa, pero se autoriza al Estado a celebrar tratados que atienden a la Unidad Centroamericana.

4. Sistema de gobierno

El gobierno es democrático, republicano y representativo. No se contemplan las instituciones propias de la democracia semidirecta como es el referéndum, la iniciativa popular de leyes, el plebiscito y la revocación del mandato.

Tampoco existía pluralismo político, pues el gobierno se repartía entre Liberales y Conservadores. Se establecía en la Constitución el derecho de representación en las minorías políticas, en los poderes del Estado. La Constitución, las autoridades electorales y la Ley Electoral, impedían la aplicación del pluralismo político.

No existía la democracia política, pero la economía funcionaba libremente, aunque la mayor riqueza se encontraba en manos de pocas familias liberales y conservadoras.

5. División de poderes

Se establecían cuatro poderes: el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el electoral. Este último poder tiene su origen en las reformas del 25 de mayo de 1962 de la Constitución de 1950, continúa como poder en la Constitución que comentamos y en la vigente.

Estos cuatro poderes los controlaba el partido liberal y el conservador que tenía una representación minoritaria en ellos.

6. Derechos y garantías

Se establece una lista amplísima sobre derechos y garantías de carácter individual y social. Sin ser exhaustivo señalamos algunos: el derecho de igualdad; la protección a la vida humana, salvo en los delitos de alta traición cometido en guerra exterior, delito de orden militar, asesinato, parricidio, incendio, robo seguido de muerte con circunstancias agravantes; se garantiza la libertad individual; se establece el *habeas corpus*; las cárceles son medios de readaptación social; se establece la tortura y la pena infamante; se prohíbe la extradición por delitos políticos o por comunes conexos; se garantiza la inviolabilidad del domicilio; se garantiza la libre circulación en el país, lo mismo que el derecho de emigrar; se establece la libertad del comercio y contratación, salvo restricciones de carácter transitorio en caso de emergencia económica; se garantiza la libertad de reunión; se garantiza la propiedad privada, pero se establece su función social; se prohíbe la confiscación de bienes; se protege a la familia, al matrimonio y la maternidad; la enseñanza primaria es gratuita y obligatoria; se establecen derechos a favor de los trabajadores; se establece la seguridad social; se

establece la lista abierta de derechos y garantías, al disponer que la enumeración de ellos en la Constitución no excluye los inherentes a la persona humana y forma establecida de gobierno que, como expresamos, es democrático y, republicano.

7. Los poderes del Estado

A. El poder legislativo

El poder legislativo, siguiendo nuestra tradición nacional, era bicameral: la cámara de diputados y la cámara del senado. Los diputados y senadores eran elegidos por el voto popular directo. La cámara de diputados tenía un número no menor de sesenta diputados con sus suplentes y la del senado con treinta senadores y sus suplentes. El sistema electoral para la asignación de escaños era el del cociente electoral y en lista cerrada. Pero si el partido o partidos que concurren a la elección con el que ganó el primer lugar, obtuvieron en conjunto un número inferior al cuarenta por ciento del total de miembros de cada una de las cámaras, se completaba tal porcentaje entre los partidos minoritarios, mediante el mismo sistema del cociente electoral, o bien completando el número, siguiendo el orden de la lista por el partido que resultare minoritario, si sólo participaron dos partidos. Esta es la famosa representación obligatoria a favor de las minorías, lo que motivaba los constantes pactos entre liberales y conservadores.

Los diputados y senadores gozan de inmunidad y exención de responsabilidad por las opiniones y votos que emitían en el ejercicio de su cargo.

Se le señalaba a las cámaras tres tipos de competencia y facultades: atribuciones a cada cámara sin intervención de la otra; atribuciones del Congreso en Cámaras separadas; y atribuciones del Congreso en Cámaras Unidas.

Sin intervención de la otra, cada cámara elige su directiva; arreglar el orden de sus sesiones; su régimen interno; interpela o pide información a los ministros de Estado, nombra comisiones de investigación sobre el funcionamiento económico y administrativo del Ejecutivo y los Entes Autónomos; entre otras atribuciones.

En cámaras separadas el Congreso tiene, entre otras, las siguientes atribuciones: decretar, reformar, interpretar y derogar las leyes; declarar y fijar el Estado de Emergencia económica; reconocer la deuda nacional; aprobar los tratados internacionales; imponer contribuciones; aprobar el Presupuesto General; conocer las iniciativas de la reforma constitucional, conceder indulto y amnistía.

Es atribución privativa de la Cámara de Diputados, conocer de las acusaciones de los que gozan de inmunidad.

El Congreso en Cámaras Unidas tiene, entre otras atribuciones: nombrar a los Magistrados de las Cortes de Justicia (Corte Suprema y de Apelaciones y dos Magistrados del Tribunal del Trabajo); conocer del veto del ejecutivo; conocer de la reforma constitucional y leyes constitucionales.

Se regula ampliamente el procedimiento de formación de la ley. Tiene iniciativa de ley los diputados, el poder ejecutivo en asuntos de su competencia, el Poder judicial a través de la Corte Suprema de Justicia y el Poder Electoral.

Los proyectos de ley se presentan ante la Cámara de Diputados, si esta cámara aprueba el proyecto lo pasan a la del Senado, si éste lo aprueba se pasará al Ejecutivo para su promulgación.

Existe un veto por parte del senado. Si éste desecha en su totalidad un proyecto de ley será devuelto razonado a la Cámara de Diputados, si ésta insiste en el proyecto primitivo lo remite

nuevamente al Senado y si éste mantiene su anterior criterio se tendrá por rechazado. Si es aprobado, será enviado al ejecutivo para su promulgación.

Si un proyecto es reformado o adicionado por el Senado, volverá a la Cámara de Diputados para que éste en un sólo debate discutan las adiciones, supresiones o reformas, sin que puedan alterarse los artículos aprobados por ambas cámaras. Si las supresiones, adiciones o reformas no fueren aprobadas, volverán al Senado y si éste insiste en su criterio, se tendrá por rechazado el proyecto, a menos que ambas cámaras acuerden que se tengan por ley el proyecto con lo aprobado, en cuyo caso pasará al ejecutivo para su promulgación. Si las adiciones o reformas fueren aprobadas por la Cámara de Diputados, se enviará al Ejecutivo para su promulgación.

El veto del ejecutivo a las leyes y el veto de Cámara del Senado, era un importante control de la constitucionalidad y de la racionalidad y calidad de las leyes, al que se unía las dos revisiones y estudios de ambas cámaras.

B. Poder ejecutivo

El poder ejecutivo es unitario, pues el Presidente de la República es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, además Jefe Supremo de la Guardia Nacional. Goza de legitimidad popular directa, pues es electo por mayoría del voto popular y directo, goza de las inmunidades y prerrogativas constitucionales, su período es de cinco años y no se le permite la reelección.

Se confía al Presidente el gobierno y la administración del Estado; puede convocar al poder legislativo a sesiones extraordinarias; emite leyes en receso del Congreso cuando se le haya delegado esa facultad; vela por la conducta de los miembros del poder judicial; como jefe de las fuerzas armadas le corresponde mandar, organizar, dirigir, distribuir y disponer de ella conforme a la ley; nombra y

separa a sus ministros; decretar el estado de emergencia; suspende o restringe en parte o en todo el territorio nacional las garantías constitucionales en los casos señalados en la Constitución.

El Presidente de la República es el personaje más poderoso del país y prácticamente le resolvía a la gente gran cantidad de problemas de todo tipo.

C. El poder judicial

El poder judicial está integrado por la Corte Suprema de Justicia, las Cortes de Apelaciones, el Tribunal Supremo del Trabajo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (que no fue creado y organizado), jueces de distrito, locales y jueces del trabajo.

Se establecían tres principios fundamentales: únicamente los tribunales podían juzgar y ejecutar lo juzgado; la justicia es gratuita; la justicia es independiente.

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo del Trabajo y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo gozaban de la inmunidad y prerrogativas de los miembros del Congreso.

En la Corte Suprema de Justicia también existía la representación de minorías. Estaba integrada por nueve magistrados, cinco de ellos pertenecían al partido de la mayoría y cuatro al partido que haya obtenido el segundo lugar. Se deja abierta la posibilidad para que la ley dispusiera sobre la organización en salas de la Corte Suprema.

La Corte Suprema de Justicia, entre algunas de sus atribuciones, tenía las siguientes: conocía privativamente de los delitos oficiales cometidos por los funcionarios que gozaban de

inmunidad; conocía de los recursos de amparo, casación y revisión; conocía de la extradición de criminales.

Se consagraba el sistema difuso del control constitucional, al establecer que los jueces y tribunales aplicaran de preferencia la Constitución de la República, las leyes constitucionales, las leyes y decretos-leyes, los decretos y acuerdos ejecutivos; se prohibía dictar disposiciones que rebajen en forma excesiva los sueldos oficiales del poder judicial.

Esta Constitución terminó con el carácter inamovible de los magistrados de la Corte Suprema que le aseguró la independencia del Poder Judicial y prestigio a la justicia. El poder judicial no volvió a ser el mismo.

D. El poder electoral

El poder electoral era el encargado de hacer las elecciones. Estaba integrado por el Tribunal Supremo Electoral, los Tribunales Electorales Departamentales y los Directorios Electorales. En los órganos electorales existían representaciones de la minoría. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Electoral estaba integrado por tres Magistrados del partido de la mayoría y dos del partido del segundo lugar, con sus respectivos suplentes.

El Partido Liberal manejaba toda la maquinaria electoral y el Partido Conservador vigilaba.

E. El ejército

La Guardia Nacional era la única fuerza armada de la República, destinada a garantizar la soberanía e independencia de la nación, la integración del territorio, la paz interior y los derechos individuales y debía ser apolítica. Pero la verdad es que apoyaba a Somoza Debayle y siguió la suerte del mismo en su caída.

F. El Distrito Nacional, la administración municipal y departamental

El gobierno del Distrito Nacional estaba a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá como lo determine la ley, el cual estará asistido por un cuerpo asesor de planificación integrado por cinco miembros, dos de los cuales pertenecerán al partido que ocupó el segundo lugar en las últimas elecciones de autoridades supremas.

Las disposiciones contempladas con relación a la administración departamental, municipal y del Distrito Nacional, son prácticamente las mismas que las establecidas en las constituciones anteriores, con algunas variantes. Se consigna que la administración política de cada departamento estará a cargo de un jefe político, nombrado por el Presidente de la República. En cada departamento habrá los jueces de policía que sean necesarios, nombrados también por el Presidente de la República. Las calidades, atribuciones y funciones de estos funcionarios, serán determinadas por la ley. El gobierno de los municipios estará a cargo de Consejos municipales, integrados por un alcalde, un síndico y un tesorero, los que serán electos con sus respectivos suplentes en votación popular directa para un período de tres años. El síndico corresponderá al partido que hubiere obtenido el segundo lugar en la votación municipal correspondiente.

Con relación a los consejos municipales, se establece que gozarán de autonomía económica y administrativa, sujetos a la vigilancia del Poder Ejecutivo. Esta disposición está contenida de igual forma en las anteriores constituciones con algunas variantes. Se establece que los municipios tendrán derecho a una participación proporcional en las utilidades que obtenga el Estado en las explotaciones de recursos naturales que se concedan a particulares, en sus respectivas jurisdicciones. La ley regulará esta disposición.

G. Reformas constitucionales

Se establece la supremacía constitucional y permite la reforma parcial y total.

Para impedir el fraude constitucional y establecer la reelección presidencial y la sucesión presidencial de los parientes, en el art. 338 de la Constitución se disponía que cuando en reforma parcial se suprimieran artículos que prohibían la reelección del que ejerciere la Presidencia de la República y la elección de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, no producirían sus efectos en el período en que se haga la reforma ni en el siguiente.

De nada sirvió la limitación a la reelección presidencial, al recurrirse posteriormente a otro fraude que fue la Constituyente como explicamos anteriormente.

H. Reformas a la Constitución

El gobierno de Somoza, desesperado por la presión nacional e internacional y los ataques constantes de la guerrilla sandinista, reformó la Constitución permitiendo la libre organización política. Suprimió la disposición que impedía la formación y actividades del partido comunista, lo mismo de aquellos que tengan ideas similares o una organización internacional, pero debía respetarse el orden democrático y republicano como sistema de gobierno. Para facilitar la reforma de la Ley Electoral y abrir rápidamente el espacio político a todas las corrientes ideológicas, desconstitucionalizó la Ley Electoral, dejándola como ley ordinaria y sólo quedaron como leyes constitucionales la Ley de Amparo y la Ley Marcial, las que para ser reformadas debían seguir el procedimiento difícil de la reforma a la Constitución.⁵ La izquierda estaba dividida, una parte no confiaba en el Frente Sandinista y la otra se había unido

5 Reformas promulgadas el 18 de julio de 1978. La Gaceta, Diario Oficial Número 158.

a la derecha encabezada por Udel, que pensaba aglutinar a toda la izquierda para derrocar a Somoza. No obstante, ya era tarde para detener la guerra y la presión política, por lo que la reforma no tuvo eco y fracasó.

I. Defensa de la Constitución

En 1894, se estableció en Nicaragua la defensa de la Constitución en la vía jurisdiccional y así se ha continuado hasta el día de hoy. La Ley de Amparo de 1974, reguló la defensa de la Constitución de este mismo año. Era una ley constitucional. Bajo el nombre común de amparo estableció cinco procesos constitucionales: a) El amparo propiamente dicho denominado así por la misma ley que comprende: i) Amparo por violación de la Constitución o de las leyes constitucionales mediante acuerdos, resoluciones, ordenes, mandatos o actos de cualquier funcionario, autoridad, corporación pública o agente de los mismos. ii) Por inconstitucionalidad de la ley, tratados o decretos que se refiere a asuntos no ventilables ante los tribunales de justicia, al ser aplicados en casos concretos a cualquier persona, en perjuicio de sus derechos o cuando cause perjuicio por el sólo hecho de su promulgación. b) La exhibición personal por detención ilegal en virtud de orden de cualquier funcionario o autoridad. c) Exhibición personal por actos restrictivos de la libertad personal realizados por particulares, denominados amparito. d) Amparo contra el auto de prisión contra quien no ha estado detenido y posteriormente pretenda librarse de su efecto. Este es el único caso en que se admitía el amparo contra actos judiciales. Actualmente de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal ya no existe el auto de prisión

III. LA CONSTITUCION DE 1987.

1. Sus breves antecedentes históricos

Son muchas las causas que provocaron la caída del régimen somocista encabezado en ese entonces por el Gral. Anastasio

Somoza Debayle, entre las que podemos señalar: a) La ilegitimidad de origen y de ejercicio del poder de una dinastía familiar desgastada por cuarenta años de gobernar Nicaragua. b) Las paralelas históricas integradas por el partido conservador y el partido liberal entran en crisis terminal, porque éste le impide al partido conservador obtener espacios políticos para mantenerse en lucha y optar al poder. El partido conservador tenía cincuenta años de no conquistar el poder y en una actitud inexplicable, su juventud y las principales familias que lo manejaban, se suman al sandinismo, cuyos orígenes eran evidentemente marxistas. Granada vuelve a ser el centro del poder como en los viejos tiempos en que se turnaban en el gobierno, en encarnizadas luchas, León y Granada. c) La empresa privada disgustada porque los Somoza empiezan a competir con ella, sin ninguna experiencia política y con la esperanza de establecer un gobierno democrático, se une al derrocamiento del somocismo, sabiendo que el movimiento armado se identificaba con el marxismo. d) La política de los derechos humanos del Presidente Carter expresamente hostil al gobierno de Somoza Debayle. e) El bloqueo a la entrada de armas a Nicaragua. f) La testarudez de Somoza Debayle de rechazar una salida política al conflicto. g) La Iglesia Católica se une a la caída de Somoza y la de la bienvenida al sandinismo. h) El bloqueo político internacional: el 23 de junio de 1979 la 17ª Reunión Consultiva de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, declaró la necesidad de la inmediata y definitiva sustitución del régimen somocista por uno democrático; el Secretario de Estado Cyrus Vance, en carta del 14 de julio de 1979, le pidió a Somoza, de parte del Presidente Carter, que renunciara, pronto designara un sucesor y nuevo comandante de la Guardia Nacional. Somoza le contestó en cadena de radio y televisión y retó al Presidente Carter “a que viniera a sacarlo”. Esto mismo hicieron con Zelaya en la nota Knox, una de las peores manifestaciones de la intervención de las tropas de los Estados Unidos de América en Nicaragua.

Somoza Debayle ya no podía sostenerse en el poder y después de la declaración de la OEA renunció y entregó el gobierno a Francisco

Urcuyo Maliaños, con el compromiso de entregárselo a la Junta de Gobierno Revolucionaria, pero se negó a ello, por lo cual los guerrilleros entraron a Managua y se instaló dicha Junta, integrada por Daniel Ortega, Sergio Ramírez Mercado, Alfonso Robelo, Violeta Barrios de Chamorro y Moisés Hassan Morales.

La revolución realizó cambios profundos políticos, sociales, culturales y económicos. Surgió un enorme ejército, se dieron confiscaciones, juzgamientos, etc. Se formó el estado-partido-ejército. Surge una contrarrevolución y el país entra en grave crisis. Los nicaragüenses somos víctimas de la guerra fría; caliente y sangrienta en Nicaragua. Se realizan raros experimentos y ensayos de ingeniería social.

Los dos primeros documentos fundamentales que se aprobaron al inicio del Gobierno Revolucionario son los siguientes: el 20 de julio de 1979 se aprobó el Estatuto de la República de Nicaragua y el 21 de agosto de 1979 el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses. Hacían las veces de Constitución. El primero de ellos derogó la Constitución de 1974.

Para defender estos dos Estatutos se dictaron dos leyes. La Ley de Amparo sancionada el 4 de enero de 1980, en la que se regula solamente el amparo por detención o amenaza de serlo, en virtud de orden de cualquier autoridad o de un particular (*habeas corpus*), lo mismo que el amparo contra el auto de prisión en juicio penal. En resumen, solamente el amparo por detención.

Posteriormente, el día 28 del mes de mayo de 1980, se dictó otra ley de amparo con mayor reglamentación, que regulaba el amparo en contra de detenciones de la autoridad o por particulares y contra el auto de prisión. Además contra acuerdos, decretos, orden actos o mandatos de la autoridad, los que podían llegar al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, pero no existía amparo contra la ley.

Propiamente, no se puede catalogar como un sistema de defensa; primero porque no se concedía contra leyes, y segundo, los estatutos eran flexibles, leyes políticas gubernamentales dúctiles, y tercero porque la revolución era fuente de Derecho y los jueces y tribunales así lo entendían y aplicaban. Sin verdaderos recursos de amparo y de inconstitucionalidad de la ley, sin derechos y defensas constitucionales, pasamos desde 1987 a 1988 en que respectivamente se aprobaron la Constitución y la Ley de Amparo.

Se crearon tribunales populares que juzgaban a la Guardia Nacional y a los contrarrevolucionarios, aplicándoles duras penas, entre ellas la confiscación de bienes; llovieron las ocupaciones ilegales de propiedades, confiscaciones y expropiaciones incontrolables; los tribunales agrarios confiscaron y expropiaban. En el país el debido proceso y la seguridad jurídica brillaron por su ausencia.

La Junta de Gobierno y el Consejo de Estado por Decreto del 24 de Febrero de 1984, reformaron el Estatuto Fundamental, convocaron a elecciones para Asamblea Nacional, la que debía redactar en los dos primeros años de su período una Constitución. Se celebraron elecciones en Noviembre de 1984 y la Asamblea aprobó la Constitución el 19 de Noviembre de 1986 y se promulgó el 1 de enero de 1987. Tiene 20 años. Los arts. 28 y 30 del Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua expresaban que en Asamblea Nacional se aprobaría una nueva Constitución. Se convocó a elecciones para elegir a la Asamblea Nacional y el Presidente y Vicepresidente de la República, las que se celebraron el 4 de noviembre de 1984, elecciones que no fueron competitivas, fueron unilaterales. Triunfó el Frente Sandinista de Liberación Nacional, resultando Presidente Daniel Ortega y Vicepresidente Sergio Ramírez.

Se consultó un Proyecto de Constitución en reuniones de grupos y después de su discusión fue sancionada el 9 de enero de 1987.

Centroamérica se encontraba convulsionada en conflictos armados y la inestabilidad amenazaba la paz y el desarrollo de la región. Ante la grave situación, en 1983 se creó el Grupo de Contadora para buscarle solución al conflicto. Se reunieron en la isla de Contadora, Panamá, los Ministros de Relaciones Exteriores de México, Panamá, Colombia y Venezuela y firmaron el Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica. La paz promovida por éste grupo recibió el apoyo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del Consejo de Seguridad y otros órganos regionales e internacionales. Se organizaron Grupos de Apoyo en 1985 en Argentina, Perú, Brasil y Uruguay.

En Esquipulas, Guatemala, los días 24 y 25 de mayo de 1986, se realiza la I Cumbre de Presidentes Centroamericanos y declaran, entre otros puntos, que: la mayor instancia política para alcanzar la paz y democracia en Centroamérica era el proceso de Contadora; formalizan como instancia necesaria y conveniente la reunión del Presidente para analizar los problemas urgentes de la región con relación a la paz y al desarrollo regional para buscarle soluciones apropiadas; es preciso crear el Parlamento Centroamericano integrado por miembros electos libremente, en sufragio universal directo, respetando el pluralismo político; la paz en Centroamérica sólo puede ser fruto de un auténtico proceso democrático, pluralista y participativo que implica la promoción de la justicia, el respeto a los derechos humanos, la soberanía e integridad territorial de los estados y el derecho de los Estados de diseñar su modelo económico, político y social como producto de la voluntad libre del pueblo; revisar, actualizar y dinamizar los procesos económicos y sociales del área para el mejor desarrollo en beneficio del pueblo.

El 7 de agosto de 1987 se celebró la II Cumbre de Presidentes de Centroamérica, en Esquipulas, Guatemala, denominado Esquipulas II. En ella se llega a un acuerdo de paz, donde los presidentes se comprometieron a luchar por la paz, erradicar la guerra y hacer prevalecer el diálogo sobre la violencia y la razón sobre los rencores. Entre los acuerdos se encuentran: decretar amnistías, la democratización mediante procesos democráticos, pluralistas, participativos y representativos que garanticen la organización de partidos políticos y la efectiva participación popular en la toma de decisiones en procesos electorales honestos y periódicos; libertad de radio, televisión y prensa; pluralismo político partidista; derogación de Estados de emergencias; celebración de elecciones libres pluralistas y honestas y crear las condiciones para ello.

Fruto de estos acuerdos fueron la paz y democracia en Centroamérica y permitieron la celebración de elecciones libres como veremos posteriormente. Pero son asignaturas pendientes en nuestros países hasta el día de hoy, la Unión de Centroamérica, su desarrollo económico y una mejor distribución de la riqueza.

El 16 de febrero de 1988 se reunieron en San José, Costa Rica y comprobaron no se habían cumplido todos los compromisos.

Posteriormente se reunieron el 13 y 14 de febrero de 1989 en el Salvador y acordaron, entre otras cosas, celebrar elecciones en Nicaragua a más tardar el 25 de febrero de 1990 con observadores internacionales. Surge el denominado Plan Azul y Blanco de Salvación Nacional, que puntualizaba lo que debía hacerse al ganar las elecciones, la oposición al Sandinismo. Fue dirigido por el Ingeniero Enrique Bolaños Geyer y se le presentó a su Eminencia, el Cardenal Miguel Obando y Bravo el 12 de junio de 1989. Colaboraron muchos especialistas. Me correspondió preparar el primer borrador del documento.

Trabajamos en la clandestinidad, pero valía la pena expresarse, ya que el sandinismo argumentaba que su derrota electoral provocaría un vacío de poder y no existía ni permisos ni soluciones propuestas para llenar tal vacío.

La oposición ejerció una fuerte presión para la celebración de nuevas elecciones, hasta llegar al acuerdo político del 4 de agosto de 1989, celebrado entre el Presidente Daniel Ortega y 18 partidos políticos. La situación del país era insostenible, producto de la crisis económica, social, política y bélica. Se convino en adelantar las elecciones presidenciales y de diputados, para lo cual había que reformar el art. 201 de la Constitución. Con la finalidad de reducir el plazo a las autoridades electas y aumentarlo a favor de los nuevos, como lo explicaremos posteriormente.

Se celebraron elecciones el 25 de febrero de 1990 y ganó la Unión Nacional Opositora, resultando como Presidenta Doña Violeta Barrios de Chamorro y como Vicepresidente el Dr. Virgilio Godoy Reyes.

2. Tipo de constitución

A. Líneas generales

Sin perjuicio de volver a puntualizar sobre el tema, es conveniente señalar los lineamientos de la Constitución de 1987; a saber:

a) La lista de derechos humanos es amplia, pero se pueden hacer dos observaciones: por una parte, faltó un sistema de lista abierta que aumentara los derechos humanos, que se derivaron de la dignidad de la persona humana y del sistema democrático de gobierno; por otra parte, el sistema de gobierno establecido y el estado de guerra no eran propicio para el respeto y cumplimiento de ellos. b) La división de poderes no tenía valor, tal como se puede comprobar con algunos ejemplos: el Ejecutivo podía legislar a través de decretos

con fuerza de ley en materia fiscal; en materia administrativa podía establecer el número, organización y competencia de los ministerios del Estado, entes autónomos y gubernamentales; y en general, cuando la Asamblea le delegaba las funciones legislativas en su totalidad, con excepción de los códigos (los que no eran respetados), lo que se hacía por autorización constitucional cada año; además podía vetar las leyes, tenía iniciativa de ley, elaboraba el presupuesto nacional; reglamentaba las leyes; decretaba el estado de emergencia que le concedía poderes omnímodos; dirigía la política externa, dirigía la economía del país y determinaba la política y programa económico y social; proponía ternas para la elección de magistrados de la Corte Suprema, Consejo Supremo Electoral y del Contralor de la República y nombraba al Presidente de la Corte Suprema de Justicia. c) Se autorizaba la injerencia del ejecutivo en los asuntos municipales. d) La iniciativa económica y su planificación era atribuida al Estado, a pesar de que se proclamaba la aceptación de la economía mixta. e) Se creó el Ejército Popular Sandinista y la Policía Sandinista. Existía una confusión estado-partido-ejército. También se estableció el Servicio Militar Patriótico. f) La educación en todos los niveles la controlaba el Estado. g) Se estableció la justicia popular. h) Se consagra por primera vez el plebiscito y el referéndum. i) La defensa de la Revolución sandinista era un deber fundamental de los nicaragüenses. Se crearon los Comités de Defensa Sandinistas, que funcionaban en cada cuadra y cada barrio, al estilo cubano para el control político y social de la población.⁶

B. Preámbulo

El preámbulo de la Constitución es eminentemente partidista internacionalista y antiimperialista. Se inspira en los héroes

6 El destacado jurista costarricense, Eduardo Ortiz Ortiz, expresa, entre muchas críticas, que la Constitución Sandinista era autoritaria, en la que predomina el ejecutivo y que podría calificarse de monárquico el gobierno (Comentarios sobre la Constitución Sandinista, San José Costa Rica, 1987, págs. 45, 46 y 50).

nacionales y de la revolución sandinista. No existe orientación sobre principios o valores constitucionales.

C. Principios

La Constitución regula varios principios fundamentales en el Título I, Capítulo Único; a saber: a) La independencia, soberanía y autodeterminación nacional, las que son irrenunciable y, como consecuencia, se rechaza cualquier injerencia en los asuntos internos, todo lo cual debe defenderse con las armas. b) La soberanía nacional reside en el pueblo y éste ejerce la democracia en forma representativa y también directa. c) La lucha por la paz y un orden internacional y justo. Se oponen a toda la forma de explotación y dominación colonial e imperialista. d) El Estado promueve los intereses de los nicaragüenses y sus conquistas sociales y políticas. También es un instrumento para eliminar toda forma de sumisión y explotación del ser humano. Impulsa además el progreso material y espiritual de toda la nación. e) El Estado garantiza la existencia del pluralismo político, la economía mixta y el no lineamiento.

D. Es una Constitución desarrollada

Es una Constitución desarrollada que contempla derechos individuales y sociales, poniendo énfasis en estos últimos.

E. Supuesta división de poderes

Se establecen cuatro poderes: el legislativo, el ejecutivo, el electoral y el judicial. Pero la división es más aparente que real, porque, como ya expresamos, el ejecutivo esta sobre todos los poderes, los avasalla.

F. Estado laico

Establece la libertad religiosa y expresa que el Estado no tiene religión oficial.

G. Derechos, deberes y garantías

Distingue entre derechos, deberes y garantías de las personas. Son numerosas; pero por razones económicas, de guerra y del propio sistema de gobierno no se cumplían los derechos y garantías.

Entre los derechos podemos citar: el derecho a la vida y la eliminación de la pena de muerte, el derecho a libertad individual, a la seguridad, al reconocimiento a la personalidad y capacidad jurídica, a la vida privada y familiar, el respeto a su honra y reputación, a la inviolabilidad del domicilio, salvo los casos legales, la igualdad, la libre circulación.

Se establece un capítulo sobre derechos sociales que regula el derecho al trabajo, a la educación, cultura, ambiente saludable, la seguridad social, asistencia a los discapacitados, derechos de los trabajadores.

Se establece el pluralismo político, el plebiscito y el referendo. También se consagran garantías: la presunción de inocencia del procesado, a ser juzgado por juez competente, el *habeas corpus*, el amparo y el recurso de inconstitucional.

Los deberes son tomados muy en serio por la revolución. Entre ellos encontramos: defender a la patria y la revolución, de organizarse frente al agresor, incorporar masivamente al pueblo en las tareas de defensa; se dispone que el Ejército Popular Sandinista es el brazo armado del pueblo; el deber del pueblo de empuñar las armas para defender la patria y las conquistas del pueblo; se establece el servicio militar patriótico para defender la revolución.

H. La economía

La Constitución le dedica igual importancia al control político, como al control económico. Para tal efecto le dedica el Título VI de la Constitución a la economía nacional, a la reforma agraria y a las finanzas públicas, en el que se dispone: la economía es dirigida y planificada por el Estado para garantizar y defender

los intereses de las mayorías; el derecho a los trabajadores para participar en la elaboración, ejecución y control de los planes económicos; los recursos económicos son patrimonio nacional; la preservación del ambiente y la conservación y desarrollo de los recursos naturales corresponde al Estado, quien podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos; se garantiza la coexistencia democrática de la propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; regula la distribución de los bienes básicos de consumo y controla el acaparamiento; la reforma agraria se establece como un instrumento para la justa repartición de la tierra y medio estratégico para las transformaciones revolucionarias, el desarrollo nacional y el progreso social; promete abolir el latifundio y el rentismo.

La reforma agraria repartió miles de manzanas de tierras, otras miles de propiedades rústicas y urbanas fueron usurpadas, invadidas, confiscadas o expropiadas. Las tierras repartidas por la reforma agraria han vuelto a ser adquiridas, en un gran porcentaje, por los antiguos dueños, los viejos y nuevos capitalistas.

Se establece que el Presupuesto General de la República tiene existencia anual y regula los ingresos y egresos de la nación, este presupuesto es elaborado por el Presidente de la República; el sistema tributario debe tomar en cuenta la distribución de las riquezas y de la renta, así como la necesidad del Estado; los impuestos deben de ser creados por ley de la República.

I. Autonomía de la Costa Atlántica

Se establece un régimen de autonomía de la Costa Atlántica. Esta zona, después de grandes esfuerzos, primero fue reincorporada al territorio y soberanía nacional, posteriormente olvidada, dando motivos al renacimiento de algunos movimientos independentistas sin ningún arraigo. Las comunidades y etnias de ese régimen gozan de los mismos derechos de los nicaragüenses

y el de preservar su propia identidad cultural, lengua, costumbres, organización social y administración local.

Tienen y eligen sus propias autoridades y actualmente existen dos regiones: la del Atlántico Norte y la del Atlántico Sur.

J. Poderes del estado

a) El poder legislativo

La Asamblea Nacional estaba integrada por noventa diputados con sus respectivos suplentes, electos por el voto universal, igual, directo, libre y secreto, mediante el sistema de representación proporcional, regulado por la Ley Electoral a través del sistema de cociente electoral, desnaturalizado de tal manera que atomizó en innumerable partidos la oposición al sandinismo.

Era unicameral para seguir ejecutando rápidamente el programa revolucionario, sin tener controles de una segunda cámara: la del senado, rompiendo así con la tradición nacional del bicameralismo. El otro proceso revolucionario nicaragüense de 1893, de corte liberal, también ocupó el unicameralismo, preferido por los procesos revolucionarios para facilitar el cambio.

También forman parte de la Asamblea Nacional los candidatos a Presidentes y Vicepresidentes de la República que no fueron electos con un número de votos, a nivel nacional, igual o superior al promedio de los cocientes regionales electorales.

Tiene, entre otras atribuciones; las siguientes: elaborar y aprobar las leyes y decretos, lo mismo que reformar y derogar las existentes; interpretar auténticamente las leyes; decretar amnistía e indulto, conmutaciones o reducciones de penas; aprobar el Presupuesto General de la República; delegar durante el receso las facultades legislativas al Presidente de la República.

Tienen iniciativa de ley los diputados de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Supremo Electoral en materia de sus competencias. Se establece el veto total o parcial, pero debilitado porque puede ser rechazado por la Asamblea Nacional por la mitad más uno del total de sus representantes.

b) Poder ejecutivo

El poder ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República quien es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe Supremo de las Fuerzas de Defensa y de Seguridad Nacional. El Vicepresidente de la República ejercerá las funciones que el Presidente le delegue y lo sustituirá en su cargo en caso de falta temporal o definitiva.⁷ La elección del Presidente y Vicepresidente es por sufragio universal, igual directo, libre y secreto. Serán electos los que tengan mayoría relativa de votos. El período del Presidente y Vicepresidente era de seis años. El Presidente, entre otras atribuciones, tiene las siguientes: representar a la nación; iniciativa de la ley y derecho al veto; elaborar el presupuesto; dictar los decretos ejecutivos con fuerza de ley en materia fiscal y administrativa; organizar y dirigir al gobierno; dirigir la economía del país y determinar la política y el programa político-social; dirigir las relaciones internacionales.

c) La Contraloría General de la República

Se establece la Contraloría General de la República como organismo de control de la administración pública y del área propiedad del

7 Por la Ley ordinaria No.115, denominada Ley de Falta Temporal del Presidente de la República se interpretaron los arts. 145 y 149 de la Constitución. En estos artículos no se definía en qué consistía la falta temporal del Presidente de la República para depositar la presidencia en el Vicepresidente. Se dispuso en esta interpretación que la falta temporal del Presidente se produce cuando sale del país por un período mayor de treinta días o en caso de imposibilidad manifiesta de ejercer su mandato. Fue aprobada por la Asamblea Nacional el 1 de noviembre de 1990 y publicada en La Gaceta No. 226 del 23 de noviembre de 1990. Otra ley que se le dio carácter interpretativo es la Ley Marcos de Interpretación a la Constitución promulgada del 5 de julio de 1995.

pueblo, en forma preventiva y posterior, sobre el uso de los fondos por parte de la administración.

d) El poder judicial

Integrado por jueces y tribunales de apelaciones y como máxima autoridad la Corte Suprema de Justicia, la cual tenía siete magistrados, elegidos por la Asamblea Nacional de terna propuesta por el Presidente de la República. El período de estos magistrados era de seis años y gozaban de inmunidad.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia era nombrado por el Presidente de la República entre los magistrados de la misma.

Se establece la independencia de jueces y magistrados. La Corte Suprema de Justicia tenía, entre otras funciones: organizar y dirigir la administración de justicia; conocer y resolver los recursos ordinarios y extraordinarios; conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley; dictar su reglamento.

La administración de justicia sería organizada y funcionaría con participación popular; pero nunca ha sido organizada de acuerdo a ese sistema. Antes de su vigencia, sí funcionaron los tribunales puramente populares.

e) El poder electoral

Este era el encargado de organizar, dirigir y vigilar las elecciones, plebiscitos y referéndum. Su máxima autoridad era el Consejo Supremo Electoral integrado por cinco magistrados con sus respectivos suplentes, elegidos por la Asamblea Nacional y su período era de seis años.

3. Procedimiento para reformar la Constitución

Se regulan la reforma total y parcial de la Constitución. La reforma total se puede decretar en una sola legislatura y tiene sus propias mayorías especiales para hacerla. La reforma parcial se hace en dos legislaturas. La reforma total la hace una Asamblea Constituyente y se disuelve la Asamblea Ordinaria cuando se instale la Constituyente. La reforma parcial la hace la misma Asamblea Nacional por mayorías especiales.

IV. REFORMAS A LA CONSTITUCION DE 1987.

1. Antecedentes

La Constitución vigente ha sido reformada siete veces, más una reforma fallida.⁸

En noviembre de 1987 aumentó la inquietud de las reformas constitucionales por lo que el primero de ese mes, la Unión Nacional Opositora propuso diecisiete reformas a la Constitución Política, las cuales fueron recibidas en el despacho del Comandante Carlos Núñez quien era Presidente de la Asamblea Nacional el día 4 de febrero de 1988.

Entre esos puntos principales encontramos: la no reelección presidencial y la sucesión familiar; la negación del voto a los militares; reformas al Consejo Supremo Electoral; la independencia

8 Ley No. 173 de reforma parcial a los arts. 192 y 195 de la Constitución aprobada por la Asamblea Nacional el 23 de febrero de 1994, en la que se disponía que entraría en vigencia al ser publicada en La Gaceta, Diario Oficial, pero como el ejecutivo no publicó la reforma, nunca entró en vigencia, por lo que de nada sirvió que la Asamblea Nacional la publicara en el diario La Tribuna el día 6 de septiembre de 1994. Es conveniente señalar que por sentencia No. 5 de las 8:30 a. m. del 30 de agosto de 2005, se declara la inconstitucionalidad parcial de la reforma constitucional de la Ley 520. Esta inconstitucionalidad se refería a los denominadas colectillas que formaban parte de varios artículos constitucionales de la reforma, en la que se establecen que la aplicación de la ley en el periodo de gobierno 2002-2007 estarían sujetas al consenso de los tres principales actores políticos en el país, o sea, las dos fuerzas parlamentarias y el gobierno. Aunque no fue una reforma, para los efectos de su vigencia equivale a lo mismo.

del Poder Judicial; la creación de la Procuraduría de Derechos Humanos; la garantía a la propiedad privada; las limitaciones a las facultades del Presidente de la República; el final de la politización del Ejército y la Policía; la creación de un tribunal de garantías constitucionales; la supresión del preámbulo de la Constitución; la autonomía municipal; la autonomía universitaria; la objeción de conciencia y otras causas de exención del servicio militar; la prohibición de las penas proscriptivas, infamantes y confiscatorias; la separación, ejercito-partido-estado; la definición de la inmunidad en la Constitución, pues se consideraba que tal como estaba establecida se convertía en impunidad para el Presidente.

Como ya expresamos, el 4 de agosto de 1989, se convino en la celebración de elecciones presidenciales el 25 de febrero de 1990, para lo cual había que reformar el art. 201 de la Constitución en virtud del cual el Presidente y Vicepresidente de la República y los diputados de la Asamblea Nacional, elegidos el 25 de febrero de 1990 tomarían posesión de sus cargos respectivamente el 22 y 25 de abril de 1990.

Por la reforma se acortó el período de estos funcionarios y se dispuso que el período de los nuevos electos en las elecciones del 25 de febrero de 1990, iniciaría el 24 de abril del mismo año, para finalizar el período de los que fueron electos en 1984 y cumplir su propio período conforme la Constitución. Se les alarga el período a los electos el 25 de febrero de 1990 y se les acorta a los electos en 1984.

Este es un convenio contrario al sistema presidencial y es inconstitucional porque se quiebra el Estado de derecho, el orden constitucional y se reducen los períodos establecidos en la Constitución. Sin embargo, fue aceptado por la oposición para avanzar en la transición hacia la democracia. La reforma fue sancionada el 31 de enero de 1990 y promulgada el 6 de marzo del mismo año.

Al triunfar la Unión Nacional Opositora y separarse de ella la Presidenta doña Violeta Barrios de Chamorro, continúa gobernando con la Constitución original.

Pero el afán del pueblo nicaragüense no descansó pidiendo las reformas. El día 3 de noviembre de 1991, la Comisión Especial de Reforma Parcial de la Constitución, nombrada por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, presentó su dictamen sobre dichas reformas al Presidente, Ingeniero Alfredo César Aguirre. Es un proyecto que enriquece al del 1 de noviembre de 1987 y persigue los mismos puntos fundamentales que el pueblo exigía con vehemencia; por ejemplo: la no confiscación de bienes; garantías a la propiedad privada; apoliticidad del ejército y policía; creación de una Procuraduría de Derechos Humanos; prohibición de la reelección e impedimento para los parientes del Presidente para sucederle; un Procurador de la República; economía libre de mercado; la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos; la división efectiva de poderes; el Procurador General de la República; la Contraloría General de la República; la independencia del Poder Judicial; independencia del Poder Electoral.

Por otra parte, la Unión Democrática Cristiana presentó una propuesta para un acuerdo nacional de gobernabilidad el que planteaban varios puntos políticos y reformas parciales a la Constitución. Esta propuesta fue suscrita el 28 de octubre de 1983 y se inclina a favor de las anteriores propuestas.

El 29 de noviembre de 1993, la Unión Nacional Opositora y el Frente Sandinista de Liberación Nacional acordaron reformas parciales a la Constitución. No obstante, varios partidos se retiraron de la Unión Nacional Opositora y se levantó un movimiento que propugnaba por la reforma total de la Constitución, lo que conducía a la celebración de una Asamblea Nacional Constituyente.

La inquietud por las reformas a la Constitución llevó a la Asamblea Nacional a reformar parcialmente los artículos 192 y 195 de la Constitución según Ley No. 173 aprobada por la Asamblea

Nacional el 23 de febrero de 1994, suprimiendo la exigencia de las dos legislaturas exigidas para la reforma parcial de la Constitución y las leyes constitucionales, pero no fue ni sancionada ni publicada en La Gaceta, Diario Oficial, por el Poder Ejecutivo por lo que obligó al Presidente de la Asamblea Nacional a publicarse en el Diario La Tribuna del 6 de septiembre de 1994, invocando el art. 142 de la Constitución que lo autorizaba a tal cosa, pero no expresaba si se podía hacer en un diario y, por otra parte en la nueva ley de reforma se decía que entrara en vigencia a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial. Por tales razones no entró en vigencia y aunque se argumentaba que se encontraba vigente no se aplicó en las seis reformas constitucionales posteriores. Creo que los mencionados artículos sólo pueden ser reformados si se aumentan las dificultades para las reformas constitucionales, pero no cuando se debilitan, ya que a través de ellos el constituyente expresa su voluntad de mantener la fundamentalidad y superioridad de la Constitución, al no permitir que poderes inferiores establezcan procedimientos fáciles para hacerlo.⁹ Se debilitaba con esta reforma la rigidez de la Constitución.

La Constituyente no fue aceptada y se procedió a la reforma parcial de la Constitución, las cuales fueron aprobadas por la Asamblea Nacional el 1 de febrero de 1995,¹⁰ pero Doña Violeta Barrios de Chamorro no las promulgó valiéndose del art. 194 de la Constitución que establecía que el Presidente de la República es el que promulgaba la reforma parcial, aunque no podía ejercer el derecho del veto. La Asamblea Nacional argumentaba que dicho artículo obligaba en forma imperativa a la Presidenta a publicarla, al disponer que: ... “El Presidente de la República promulgará la reforma parcial”...Por el contrario los juristas de la Presidenta consideraban que la promulgación no era obligatoria, ya que era una potestad exclusiva de ella. Dicho artículo, en su parte final decía...

9 Cfr. Iván Escobar Fornos. La reforma constitucional. Breviario Jurídico N° 1. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua, 2004 pág. 49.

10 Se aprobó en primera legislatura el 2 de noviembre de 1994 y en segunda legislatura el 1 de febrero de 1995.

“El Presidente de la República promulgará la reforma parcial y en este caso no podría ejercer el veto. Contenía un deber del Ejecutivo de promulgar las reformas y la prohibición de vetarlas. El Estado tiene competencias, deberes y obligaciones, pero no derechos. La argumentación de la Presidenta no tenía ningún fundamento constitucional y creó una grave crisis.

Doña Violeta quería seguir gobernando con la Constitución original porque en las reformas se establecía un equilibrio de poderes, se prohibía la reelección y la candidatura de los parientes del Presidente en funciones.

Ante este hecho fueron interpuesto una lluvia de recursos de amparo contra las reformas constitucionales. En el Tribunal de Apelaciones de Masaya se interpuso un recurso de amparo por personas que se consideraban agraviadas porque violaban sus derechos políticos para optar a cargos públicos, al establecer el requisito de permanecer dos años en el país, lo que representaba una discriminación, por lo que pedían que se ordenara al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional que no publicaran las reformas, lo que así fue ordenado.

A pesar de tal prohibición, la Asamblea Nacional publicó las reformas en los diarios el 24 de febrero de 1995. Esta situación dio lugar a que el ejecutivo se rigiera por la Constitución original y el legislativo por la Constitución reformada.

Por ejemplo: el 6 de abril de 1995 la Asamblea Nacional eligió Magistrado de la Corte Suprema, a pesar de la prohibición de publicar las reformas constitucionales por parte del Tribunal de Apelaciones que dio trámite al recurso.

Antonio Lacayo Oyanguren, quien se desempeñó como Ministro de la Presidencia, el 2 de enero de 1995, interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal de Managua contra las reformas constitucionales, porque los artículos 51, 130 y 147 no le permitían

ser candidato a la Presidencia de la República por su parentesco con la Presidenta, al ser casado con su hija Cristiana Chamorro.¹¹

La situación se volvió insostenible en esta lucha entre los dos poderes del Estado. La solución del conflicto de la reforma de 1995 se hizo por Acuerdo Político del 14 de junio de 1995 suscrito por el Presidente de la República y la Asamblea Nacional, con la intervención mediadora de su Eminencia el Cardenal Miguel Obando y Bravo. Por lo que se inventó la aberración jurídica más inconcebible, la que se repitió posteriormente: “Ley Marco de Implementación a la Reforma constitucional” aprobada por la Asamblea Nacional el 3 de julio de 1995 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial 195, del 5 de julio de 1995. Era una ley ordinaria que nada tenía de implementación, más bien violaba y era un fraude a la Constitución. En ella se dispuso, entre otras cosas: aprobar leyes en consenso con el ejecutivo cercenándose las facultades a la Asamblea, se obligó al legislativo a dictar una serie de leyes; los nombramientos de las vacantes de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia las llenaría el Poder Legislativo, de acuerdo con el Poder Ejecutivo; las leyes impositivas debían aprobarse por el legislativo en consenso con el ejecutivo; la ley marco no podía ser reformada durante su vigencia, el nombramiento del Contralor y Subcontralor debía hacerse en consenso entre el ejecutivo y la Asamblea.

La Corte Suprema de Justicia por sentencia No. 8 del 8 de mayo de 1995, declaró nula la publicación de las reformas constitucionales, ordenó su nueva publicación y declaró que las reformas parciales que la Asamblea Nacional actuando como poder constituyente derivado, había actuado dentro de sus atribuciones. Afirmó que una reforma es total cuando afecta la existencia misma del Estado, la forma de gobierno o su inspiración democrática.

11 La Difícil Transición Nicaragüense (En el Gobierno con doña Violeta). Colección Cultural de Centro América. Serie Ciencias Humanas No. 12. Managua, Nicaragua. 2006, págs. 263 y 264.

Al terminar el conflicto, Doña Violeta Barrios de Chamorro ordenó la publicación el 15 de junio de 1995.

2. Contenido de la reforma de 1995 (Ley No. 192)

A. Propósito de las reformas

Esta reforma es trascendental para el proceso de transición hacia la democracia. En realidad de verdad no fue una reforma parcial, sino total, que afectó fundamentalmente el sistema autoritario, aunque dejó una Constitución con una mixtura integrada por algunos elementos autoritarios y una fuerte dosis democrática, difícil de entender, oscura, a veces contradictoria, mal redactada y desordenada, a lo que han contribuido también las reformas posteriores.

El propósito de estas reformas era poner a Nicaragua en el camino hacia la democracia, aunque jugaran otros elementos secundarios, aunque no sin importancia, como la limitación al poder a doña Violeta Barrios de Chamorro e impedirle la reelección; dificultarle la administración al emergente Partido Liberal que ya se esperaba su triunfo; e inhibir al yerno de la Presidenta Chamorro para postularse Presidente de la República.

B. Algunas reformas políticas, sociales y culturales

Enumeraremos en este párrafo algunas reformas en materia política, social y cultural:

a) La defensa nacional. Se suprime la disposición que contemplaba que era deber de todos los nicaragüenses empuñar las armas para la defensa de la soberanía, independencia de la patria y autodeterminación nacional. Se suprime el servicio militar obligatorio que lo obliga a la juventud a participar en la guerra civil. Se declaró la apoliticidad del ejército.

b) Instituciones de la democracia directa. Se mantiene el referéndum y plebiscito y se agrega la iniciativa popular de leyes.

c) Promoción de los derechos civiles y políticos. Se dispuso que el Estado promoviera y garantizara los avances de carácter social y político para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todas y cada uno de los nicaragüenses, protegiendo de toda forma de explotación, discriminación y exclusión.

d) Principios, valores constitucionales y pluralismo político. En la reforma al art. 5 se profundiza en materia política, económica y social, lo mismo que en el ámbito internacional. Se reafirma la existencia del pluralismo político, pero se establece que no permitirá el establecimiento de todo tipo de dictadura o de cualquier sistema antidemocrático. Se consagran los principios de libertad, justicia, respeto a la dignidad, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento a las distintas formas de la propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre determinación de los pueblos. Se establece la economía mixta y las diferentes formas de propiedad.

e) Derechos individuales. Se mantiene gran parte de los derechos individuales y sociales, se establece el juicio por jurado, el recurso de revisión que había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema, y la prohibición del fuero atractivo; se garantiza la propiedad privada incluyendo los medios de producción; se prohíbe la confiscación de bienes y para la expropiación debe pagarse justo precio y efectivo, pero se permite pagar con bonos la expropiación de los latifundios incultivos.

f) Derechos de familia. Se establece el patrimonio familiar, inembargable y exento de toda carga, pero se debilita la institución familiar mediante la consagración del divorcio unilateral; se incorpora la convención internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas.

g) Protección a los discapacitados. El Estado asume el compromiso de atender en forma especial y sin distinción de ninguna clase en todos sus programas a los discapacitados y a los familiares de las víctimas de la guerra.

h) La educación. Se dispone que las universidades y centros de educación superior están exentas de impuestos y sus bienes no pueden ser objeto de expropiación, intervención y embargo. Las universidades y centros de educación técnica que según la ley deben ser financiadas por el Estado recibirán una aportación anual del 6% del Presupuesto General de la República, el cual se distribuirá de acuerdo con la ley. Se consagra la libertad de cátedra.

i) Libertad de prensa y comunicación. Se elimina la censura previa y están exentos de impuestos fiscales, municipales, la importación de papel, la maquinaria, equipo y refracciones para los medios de comunicación escritas, radiales y televisivas, así como también la importación, circulación y ventas de libros, folletos, revistas y materiales escolares, científicos de enseñanza, diarios y otras publicaciones periódicas, no obstante, se le señala a los medios de comunicación una función social y se le reconoce el derecho a su acceso a los nicaragüenses, lo que puede dar pie a ciertas restricciones.

j) Medios procesales de defensa de la Constitución. Se establece el *habeas corpus*, el amparo y el recurso abstracto y popular de inconstitucionalidad contra la ley, limitando su interposición a sesenta días.

k) Con todos estos derechos, garantías, valores y principios, el Estado de Nicaragua se declara como un Estado social de derechos.

l) Se reconoce la iniciativa económica, la libertad de empresa, el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras.

- m) Se propugna por la eliminación de los latifundios ociosos.
- n) La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho.
- ñ) Se reconoce a los partidos políticos.

C. Control de poderes del Estado

A diferencia de la Constitución original, se estableció un sistema de control de poderes bastante aceptable, que garantizaba la división de poderes a los cuales se les señaló las competencias y deberes que tenían.

El Poder Ejecutivo ejercía control sobre el Legislativo por medio del veto, la iniciativa de tramitación urgente de ley, la iniciativa en la formulación del presupuesto.

El Poder Legislativo a su vez controlaba al Poder Ejecutivo pidiéndole informe o interpellando a los ministros y viceministros de Estados, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales, aprueba el presupuesto por medio de ley, aprobando o rechazando los tratados internacionales.

El Poder Judicial controla al Poder Ejecutivo a través del recurso por inconstitucionalidad de la ley y recurso de amparo, al ejecutivo por medio de lo contencioso administrativo, aunque hasta el día de hoy no está regulado, pero suplido por el amparo, y a l electoral en materia no electoral por medio del amparo.

D. Reforma a los poderes del Estado

a) Poder legislativo

Se establecen más requisitos a los ya establecidos para ser diputado: se requiere haber residido o trabajado en forma continua en el país los dos años anteriores a la elección, salvo que cumpliera misiones diplomáticas o trabajar para organismos internacionales o realizar estudios en el extranjero, además haber nacido o residido los dos últimos años en el departamento o región autónoma por el cual se pretende salir electo; no se permite que sean diputados al que renunció a la nacionalidad nicaragüense, salvo que la hubiese recuperado al menos cinco años antes de verificarse la elección, a los ministros de cualquier culto religioso, al menos que haya renunciado a su ejercicio doce meses antes de la elección. Se reduce el período de duración de la diputación de seis años a cinco. El poder legislativo en esta reforma es el único que puede establecer impuestos, modificarlos y suprimirlos; además aprueba los planes de arbitrios de las municipalidades. Se deja claro que sólo mediante ley se puede decretar impuestos. Anteriormente la creación impositiva se compartía con el ejecutivo, a pesar de existir norma expresa que disponía lo contrario.

No existe delegación de facultades de legislar al poder ejecutivo. Se establece el sistema de representación nacional, departamental y regional. La Asamblea Legislativa está compuesta de 90 diputados con sus respectivos suplentes, de los cuales 20 son representantes nacionales y 70 representantes departamentales y regionales, todos elegidos mediante el cociente electoral.

Para permitir el mejoramiento de sus funciones se establece la obligación de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a favor de la Asamblea Nacional.

b) El poder ejecutivo

Al poder ejecutivo se le quita el exceso de poder que tenía para un mejor juego de la división de poderes. El ejecutivo en la Constitución original podía legislar en materia fiscal, en materia

administrativa y organización de los ministerios de Estado, entre otras funciones legislativas.

Se señala como requisito para los cargos de Presidentes y Vicepresidentes de la República haber residido o trabajado de forma continua en el país durante los cinco años anteriores a la elección, salvo que cumpliera misiones diplomáticas o estudios en el extranjero.

El período de ejercicio del cargo de Presidente y Vicepresidente se reduce de seis a cinco años y no se permitía la reelección para el período inmediato, pero pasado ese segundo período es posible ser nuevamente Presidente, después del segundo período ya no se le permitirá ser Presidente para un tercer período. Además no se permite la sucesión dinámica. Esta prohibición se extiende a los alcaldes. Junto con el Presidente, actúa en los determinados casos y materias el Consejo de Ministros y el Consejo Nacional de Planificación Económica y Social, además, los acuerdos y providencias del Presidente serán refrendadas por el Ministro correspondiente. Estos son controles internos útiles.

c) El poder judicial

Para un nuevo funcionamiento del poder judicial se le concede no menos del 4% del Presupuesto General de la República. La Corte Suprema de Justicia se especializa y se divide en cuatro salas: civil, penal, constitucional y contencioso administrativo. La corte plena conocerá del recurso por inconstitucionalidad de la ley y conflictos de competencia y de inconstitucionalidad de los poderes del Estado. El número de magistrados es de doce.

Se regula el contencioso administrativo, se aprobó la ley que lo regulaba, después fue declarada inconstitucional y ahora permanece estancada en la Asamblea Nacional.

Se estableció la carrera judicial, la que sería regulada por ley. Se aprobó un proyecto de ley de Carrera Judicial en la Corte Suprema cuando yo era Presidente, posteriormente fue aprobada y promulgada por la Asamblea Nacional, pero no ha sido reglamentada. En la ley se estableció un Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial que, como su nombre lo indica, sus funciones son de administración y manejo de la carrera judicial, sin control externo, a través de sus representantes en dicho Consejo, del poder legislativo, de las universidades, de la empresa privada etc,¹² Es un auto control que no asegura una eficaz independencia interna y externa de la administración de justicia.

d) Poder electoral

La principal reforma consistió apartar del Consejo Electoral, a los partidos políticos. Estaba integrada por cinco miembros, los que son nombrados por la Asamblea Nacional. Se concede al Consejo Supremo Electoral la facultad de organizar bajo su dependencia el Registro Civil de las Personas, la cedulación ciudadana y el padrón electoral, otorgar personalidad jurídica a los partidos políticos, entre otras funciones. Se establece que contra las resoluciones emanadas del Consejo Supremo Electoral, no habrá recurso ordinario ni extraordinario. Se conserva la elección por sufragio directo de los gobiernos locales y se consagra la autonomía administrativa financiera y política, la que debía ser regulada por la ley de municipios.

e) La economía

En la reforma se reconoce el rol protagónico de la empresa privada y se establece que el Banco Central es el ente estatal regulador del sistema monetario. Además el Estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales, que se regularían por la ley de la

12 Cfr. Iván Escobar Fornos. La Reforma Constitucional. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua 2004, pág. 143 y sigts.

materia. Se permite pues una economía mixta, de tipo transaccional, generada principalmente por los particulares y el Estado.

f) La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República como órgano de control de la administración pública es regulada ampliamente. Se establece como un organismo independiente y goza de autonomía funcional y administrativa, tiene control previo y posterior sobre el uso de los fondos públicos. Cuando de sus investigaciones se presumiere responsabilidades penales deberán ser enviados a los tribunales de justicia, bajo el apercibimiento de ser encubridores sino lo hicieren.

3. Reforma parcial del año 2000 (Ley No. 330)

El 2 de octubre de 1966 se celebraban elecciones en la que participaron veintitrés partidos políticos, bajo el sistema del cociente electoral completamente desnaturalizado al extremo que resultaron electos diputados con trescientos votos, lejos de los cocientes electorales normales. Dentro de estos lineamientos, la Ley Electoral permitía la atomización de los partidos políticos lo que tornaba ingobernable el sistema presidencial, frente a un poder legislativo ampliamente fraccionado, sin ninguna orientación seria y sólida de desarrollo político, económico y social.

Con el fin de dar mayor estabilidad al país, fortalecer los partidos políticos y sus instituciones, se presentó un proyecto de reformas parciales a la Constitución auspiciados por los dos partidos principales del país: el Frente Sandinista de Liberación Nacional y el Partido Liberal Constitucionalista, los que iniciaron pláticas en agosto de 1998. Se hacían reuniones en la Asamblea Nacional tres veces a la semana, de las cuales tenían conocimientos los medios de información y el pueblo. Después de cada sesión se celebraba una conferencia de prensa para dar a conocer lo convenido sobre las reformas. Aunque se hicieron críticas a

algunas reformas no había una gran oposición y en tranquilidad se hicieron las reformas. Durante el proceso se le concedió intervención a los grupos políticos y económicos. El Partido Liberal Constitucionalista invitó a los partidos políticos para que lo acompañaran en las pláticas, pero se negaron.

Las reformas fueron aprobadas por la Asamblea Nacional el 18 de enero del año 2000 y publicadas en La Gaceta, Diario Oficial No. 13, el 19 de enero del 2000. Junto con las reformas a la Constitución se aprobó la Ley Electoral, la cual fue publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 16, del 24 de enero del 2000.

Entre los contenidos de estas reformas constitucionales podemos señalar los siguientes:

a) Se determinó con mayor preescisión los límites del territorio nacional al igual que la jurisdicción y los derechos sobre las áreas marinas adedañas y la plataforma continental. Se enfatizó que Nicaragua únicamente reconoce obligaciones internacionales sobre sus territorios que hayan sido libremente consentidas y de acuerdo con nuestra Constitución y el Derecho Internacional.

b) Se consagró el principio de la doble ciudadanía, pero para optar a ciertos cargos públicos debe renunciarse a la otra ciudadanía y tener únicamente la nicaragüense.

c) Se aumentó la mayoría calificada al levantamiento de inmunidad del Presidente de la República. Se volvió a recoger la tradición política nacional de conceder un escaño en el parlamento al Presidente y Expresidente de la República como propietario y suplente respectivamente.

d) Se redujo al 40% el porcentaje mínimo de votos válidos necesarios para ser elegido Presidente y Vicepresidente de la República y se exigió obtener el mínimo del 35% y superar el 5% porcentual al candidato que ocupe el segundo lugar, reformas

que han sido muy criticadas porque facilitaba al FSLN volver al poder.

e) Se aumentó en cuatro nuevos magistrados la Corte Suprema de Justicia, quedando integrada en dieciséis por así exigirlo la especialidad de las cuatro salas y el volumen de trabajo de un Estado unitario, donde todo termina en la Corte Suprema de Justicia. Se crearon los conjucees electos por la Asamblea Nacional.

f) Se aumentó en tres el número de magistrados del Consejo Supremo Electoral y se redujo a tres el número de suplentes (que eran cinco), el cual quedó integrado por siete magistrados propietarios y tres suplentes. Este Consejo es nombrado por la Asamblea Nacional en virtud de voto calificado.

g) Se transformó la Contraloría General de la República de órgano unicameral en una institución colegiada integrada por cinco miembros propietarios y tres suplentes. Al anterior Contralor se le dejó como miembro y a la Subcontralora como su suplente.

h) Se crearon los cargos del Fiscal General del Estado y Fiscal General Adjunto electos por la Asamblea Nacional por mayoría calificada. El Fiscal como representante del Ministerio Público será el acusador de los delitos.

i) Se suprime la postulación para elecciones municipales, por ser organizaciones sin responsabilidad política y ser susceptibles de presiones reñidas con la ética electoral.

j) Se estableció el sistema electoral de la media mayor, que favorece a los partidos políticos con mayor caudal de votos.

4. Reforma del año 2004 (Ley No. 940)

Esta es una pequeña reforma que aclara el procedimiento para aprobar los instrumentos internacionales y suprimió la aprobación

tácita de ellos cuando no hubieren sido aprobados o rechazados en un plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación en la Asamblea Nacional. Esta fue una reforma al art. 138 inc. 2 de la Constitución y siempre se mantuvo que los instrumentos internacionales solamente podrán ser dictaminados, debatidos, aprobados o rechazados en lo general, sin poder hacerles cambios o agregados en sus textos.

5. Reforma parcial del año 2005 (Ley No. 520)

A principios de 2002 se inicia un movimiento de reformas constitucionales. Para tal efecto se nombra el 21 de febrero de 2002, por el Presidente de la República, Ing. Enrique Bolaños, una Comisión presidida por el Dr. Iván Escobar Fornos, la cual en su informe propuso reformas a la Constitución y a las leyes con el objeto de fortalecer al Poder Judicial, el cual después fue enviado al Pleno del Consejo Nacional de Planificación Económica y Social (CONPES), el que a su vez propuso importantes reformas constitucionales a los cuatro Poderes del Estado. Posteriormente el Poder Ejecutivo presenta a la consideración del país, el 12 de septiembre de 2003, el Plan Nacional de Desarrollo que también propone reformas constitucionales sobre el Estado.¹³

Con el objeto de limitar las potestades y competencias del Poder Ejecutivo, en esos entonces ejercidas por el Presidente Enrique Bolaños Geyer, y temiendo una derrota en las elecciones de finales del 2006, el 8 de noviembre de 2004 se presentó el Proyecto de Reforma a la Constitución, suscrita por sesenta diputados del Partido Liberal Constitucionalista y el Frente Sandinista de Liberación Nacional (PLC y FSLN), el que fue aprobado en primera legislatura el 25 de noviembre del mismo año y después fue aprobada en la segunda el 13 de enero de 2005 y publicada en La Gaceta No. 35 del 18 de febrero de ese mismo año.

13 Para conocer el alcance de esas reformas véanse Iván Escobar Fornos. La Reforma Constitucional. Breviario Jurídico No.1. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua. 2004.

En los primeros días del mes de diciembre de 2004, el Presidente de la República presentó ante la Asamblea Nacional un Proyecto de Reforma a la Constitución Política. Las reformas fundamentales eran: a) establecer el sistema de lista abierta por circunscripciones nacionales y regionales para la elección de los diputados. Serían sesenta diputados y treinta suplentes, quince diputados en circunscripción nacional y cuarenta y cinco en circunscripciones departamentales y regionales; b) la no reelección de los diputados por tercera vez después de ejercer dos períodos consecutivos; c) la postulación popular por la elección de diputados, alcaldes y consejales; d) la no reelección absoluta del Presidente de la República; e) el referendo obligatorio para las reformas parciales de la Constitución. Estas propuestas no fueron tramitadas.

Entre los contenidos de las reformas señalamos los siguientes:

a) La Asamblea Nacional tiene la atribución de ratificar en un plazo no mayor de quince días hábiles con el voto favorable del 60% del total de diputados, el nombramiento que hace el Presidente de la República, de los Ministros y Viceministros de Estado, Procurador y Subprocurador General de la República, Jefes de Misiones Diplomáticas y Presidentes o Directores de Entes Autónomos o Gubernamentales. Dichos nombramientos sólo se consideran firmes hasta que la Asamblea Nacional los ratifique.¹⁴ Esta es una reforma al ordinal b) del art. 150 que disponía que era atribución del Presidente de la República nombrar y remover a los funcionarios señalados, agregando ahora al Procurador y Subprocurador de la República, que de acuerdo a su Ley Orgánica correspondía nombrar únicamente al Presidente de la República, sin ratificación de la Asamblea Nacional. Es difícil obtener el 60% de votos para nombrar a sus ministros y demás funcionarios antes señalados, lo que obstaculiza la formación del gobierno y puede provocar una crisis. Más difícil es obtener ese porcentaje cuando hay una

14 Art. 138 numeral 30) de la reforma constitucional.

oposición cerrada en la Asamblea, todo lo cual, como expresamos, puede provocar una crisis de gobernabilidad.

b) Corresponde al Presidente de la República nombrar y remover a los Ministros y Viceministros de Estado, Procurador y Subprocurador General de la República, Directores de Entes Autónomos y Gubernamentales, Jefes de Misiones Diplomáticas, debiendo poner en conocimiento de la Asamblea Nacional, dentro del término de tres días, el nombramiento para su ratificación, el cual se considerará firme hasta que la Asamblea Nacional lo ratifique. De no producirse la ratificación el Presidente de la República deberá proceder a un nuevo nombramiento dentro del plazo de treinta días hábiles debiendo someterse el nuevo nombramiento al procedimiento de ratificación señalado. Si en el plazo de quince días la Asamblea Nacional no ratifica ni rechaza, debe considerarse que los nombramientos han sido ratificados en una forma implícita.¹⁵

c) Se consagra la solicitud de informe, la comparecencia personal y el voto de censura por ineptitud que conlleva a la destitución del cargo de los Ministros y Viceministros de Estado, Procurador y Subprocurador General de Justicia, Presidentes o Directores de Entes Autónomos y Gubernamentales. Ineptitud es un término muy general, peligroso, en el que políticamente, podrían incluirse muchas causas para la destitución del funcionario (enfermedad, errores en su administración, falta de capacidad administrativa o propiedad para ejercer el cargo, desordenes

15 Art. 150 numeral 6) y 138 numeral 30) de la reforma constitucional. Joan Vintro Castells, profesor español de Derecho Constitucional, explica que parece que debe presumirse que el Presidente cambió de opinión si no envía a la Asamblea Nacional los nombramientos dentro del tercero día y, como consecuencia, el Ministro o el funcionario nunca fueron tales y debe responder civilmente por los actos eventualmente dictados. Si el Presidente envía los nombramientos después del término de tres días puede fundirse que es un supuesto de la nulidad relativa y como tal es subsanable por el voto de la Asamblea, pero que también podría interpretarse, sin compartir esa opinión, dentro de una interpretación muy literal del texto constitucional, que el nombramiento es nulo por la infracción del plazo establecido (Reflexiones sobre la evolución de la Constitución Política de Nicaragua de 1987. Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Constitucional 20 años de Constitución. Universidad Centroamericana. Managua, 2007.

privados inaceptables para el pueblo, etc). Es obligatoria la comparecencia y la rendición de informe bajo los aprecios del procedimiento judicial. Si el funcionario no comparece es causal de destitución, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

La formación de causa y la pérdida de la inmunidad no pueden surgir de los informes, comparecencia e interpelaciones. Estas diligencias pueden servir de prueba para el juicio de desaforcación. Debe abrirse este juicio, de otra manera no existiría el debido proceso.

Para declarar la ineptitud se necesita la mayoría calificada del 60% de los diputados, lo cual será comunicado al Presidente de la República para que dentro de plazo de tres días haga efectiva la destitución. Por esta reforma se agrega al Procurador y Subprocurador de Justicia, que entre sus fines tiene la de acusar delitos contra el Estado.¹⁶

d) Le corresponde a la Asamblea Nacional elegir por mayoría calificada al Superintendente y los Intendentes del Servicio Público y del Director y Subdirector del Instituto de la Propiedad Urbana y Rural, de listas separadas propuestas por el Presidente de la República y por los diputados, en consulta con las asociaciones en las pertinentes, otorgándoles inmunidad. Son servicios que corresponden al ejecutivo sobre los cuales el legislador tendrá, a través de su nombramiento, un sistema efectivo de control.¹⁷

e) Le corresponde al Presidente de la República destituir de sus cargos a los funcionarios en los casos en que la Asamblea Nacional lo haya decidido en uso de sus atribuciones.¹⁸

16 Art. 138 numeral 4 de la reforma constitucional.

17 Art. 138 inc. 9) de la reforma constitucional.

18 Art. 150 numeral 6) de la reforma constitucional.

f) De acuerdo con el art. 143 de la Constitución sólo se permitía a la Asamblea Nacional aprobar o rechazar el veto en su totalidad, tanto si ésta era total o parcial. Por la reforma se cambió el sistema del veto parcial. El Presidente de la República en el veto parcial debe expresar los motivos por los que veta cada artículo, uno a uno, a su vez la Comisión debe dictaminar sobre cada uno de los artículos vetados.

El veto parcial, pues, ya no es en bloque, pero por cada artículo se deben expresar los motivos de su rechazo.

Al veto se le pueden agregar propuestas de modificaciones y supresión de artículos.

A su vez la Comisión dictaminadora de la Asamblea Nacional debe dictaminar sobre cada uno de los artículos del veto y el Plenario decidir sobre qué artículo rechaza o acepta.

Se opina que este tipo de veto transforma el veto parcial en un nuevo proyecto de ley, porque las modificaciones u observaciones del Presidente en el veto parcial, pueden sufrir variaciones en el dictamen y en la decisión del Plenario, pues ésta no versaría propiamente sobre el veto sino sobre el dictamen.

Pero no es así, este veto artículo por artículo no significa que la Asamblea pueda modificar los artículos de acuerdo a su criterio.

En definitiva, la Comisión debe limitarse a dictaminar si acepta o rechaza el veto por cada uno de los artículos dictaminados y el plenario a decidir lo mismo. Sin embargo, la aceptación del veto presidencial de algún artículo no imposibilita la modificación de la redacción por la Asamblea Nacional, pero dentro de los criterios del veto y sin incorporar elementos que resulten de la libre voluntad de la Asamblea.

Las mencionadas reformas fueron impugnadas ante la Corte Centroamericana de Justicia por el señor Presidente de la República,

Ing. Enrique Bolaños Geyer, después de ser aprobada en primera legislatura. Entre otros argumentos, alegó que la reforma requería la convocatoria de una Asamblea Constituyente porque, violando la independencia de los poderes, establece un gobierno de asamblea, lo que no puede hacerse a través de una reforma parcial de la Constitución Política; se aprobaron reformas en la segunda legislatura que no fueron aprobadas en la primera; se pretende convertir entes del Poder Ejecutivo y áreas de la Administración Pública en entes administrativos de la Asamblea Nacional a través del nombramiento de sus titulares y dependencia de ella: art. 3 de la Ley No. 511 “Ley de la Superintendencia de los Servicios Públicos”; art. 12 de la Ley 512, Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural; art. 13 de la Ley Creadora del Instituto Nacional Tecnológico.

Fundó su demanda en disposiciones constitucionales nacionales, el Derecho Comunitario centroamericano, convenios y tratados internacionales vigentes. La competencia de la Corte Centroamericana la fundó en el literal f) del art. 22 del Convenio de Estatutos de este Tribunal que le atribuye la competencia para conocer y resolver a solicitud del agraviado los conflictos que puedan surgir entre los poderes u órganos fundamentales del Estado... Este Tribunal como medida cautelar, requirió a la Asamblea Nacional, que suspendiera la tramitación de las reformas mientras fallaba el fondo del asunto. La Corte Centroamericana por sentencia de las 5:00 p. m. del día 29 del mes de marzo de 2005 declaró inaplicables las reformas constitucionales. Se dieron dos votos razonados en contra.

El mismo día, a las 12 m., la Corte Suprema de Justicia, dentro del conflicto de competencia y constitucionalidad, planteado ante ella por el Presidente de la República, el 22 de marzo de 2004, declaró inconstitucional la parte citada del literal f) del art. 22 del referido Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, por no ser competencia de esta Corte, sino de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, resolver y conocer de los conflictos de competencia entre los poderes u órganos fundamentales del Estado, de acuerdo con el art. 164 numeral 12 de la Constitución y por haberse violado el art. 182

que sujeta los tratados a la Constitución. Como consecuencia declaró que son inaplicables y sin ningún valor las resoluciones emitidas por la Corte Centroamericana de Justicia basada en dicha disposición.

Ninguna de las dos resoluciones admiten recurso, lo que dio lugar a una crisis institucional y a una posible internacionalización del conflicto.

Por otra parte, la ratificación de los mencionados funcionarios por la Asamblea Nacional, el voto de censura y la destitución del cargo, el nombramiento del Superintendente y los Intendentes de Servicios Públicos, el Director y Subdirector del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural y su inmunidad deben ser efectivas, durante el periodo 2002-2207, hasta que se logre consenso entre los principales actores políticos del país: los dos grupos parlamentarios mayoritarios (PLC y FSLN) y el Gobierno de la República.

El día 7 de abril de 2005, fueron presentados varios recursos por inconstitucionalidad en contra de las reformas, fundamentados, entre otras razones, en las siguientes: se siguieron tramitando las reformas constitucionales a pesar que la Corte Centroamericana mandó a suspender la tramitación de las reformas como medida cautelar; se aprobaron en segunda legislatura reformas que no fueron aprobadas en la primera, como la inclusión del Procurador y Subprocurador de la República¹⁹ entre los funcionarios que deben ser ratificados por la Asamblea Nacional; no se realizaron las consultas ciudadanas de la reforma de acuerdo con el art. 7 de la Constitución y de la Ley de Participación Ciudadana; las reformas fueron aprobadas por la Asamblea Nacional como Poder Constituyente derivado y no por una Asamblea Constituyente originaria a pesar que cambian sustancialmente el sistema de gobierno, dándole gran preeminencia a la Asamblea Nacional en detrimento de la división de poderes.

19 También se le agregaron en la segunda legislatura el consenso de las tres fuerzas para su implementación en las reformas a los numerales 9 y 30 del art. 138, al párrafo 6) del art. 150, al numeral 6, párrafo II, del art. 150.

El 12 de enero del 2005 el Presidente Bolaños y Daniel Ortega, en representación del FSLN, firmaron un convenio donde se aceptaba las reformas, el consenso de las tres fuerzas para el nombramiento de los servidores públicos que le corresponde nombrar a la Asamblea Nacional, el acuerdo de implementación y la posibilidad de establecer sistemas semiparlamentarios o semipresidenciales, entre otros acuerdos importantes. Los problemas en torno al cumplimiento de este acuerdo y de las disposiciones transitorias agregadas a los artículos señalados, el conflicto que resulta de las dos sentencias, que ya no admiten ningún recurso, llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de magistrados, intendentes y de los otros funcionarios a que se refieren las reformas, pusieron en crisis al país y al diálogo nacional que se estaba celebrando.

Por sentencia de las 8:30 a. m. del 31 de agosto del 2002, declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 520 de reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua, en el que argumentaba que esas reformas debían de hacerse a través de una Asamblea Nacional Constituyente y no por una reforma parcial de la Asamblea Nacional Ordinaria, rompiendo el equilibrio y control entre sus poderes y que en dicha reforma se establece un gobierno asambleísta, donde la mayor parte del poder del Estado lo asumía la Asamblea Nacional. En esta sentencia no se le señalan límites al poder constituyente derivado, sólo el poder de dictar una nueva. No existen disposiciones en la parte dogmática de la Constitución que no puedan ser modificadas por el Constituyente derivado. Expresó que nuestra Constitución es semidirigida. Por otra parte, declara que la Asamblea Nacional esta facultada para reformar el texto de los artículos constitucionales aprobados en la primera legislatura, sin restricción alguna. Declara inconstitucional en los considerándos la superioridad jerárquica del Parlamento sobre el Gobierno. Expresa que no existen límites constitucionales sustanciales o de fondo que puedan dar fundamento a una inconstitucionalidad de la reforma constitucional. Disentí y razoné mi voto.

En estas reformas se pretendió parlamentarizar el sistema presidencial, pero en cambio se creó un gobierno asambleario, donde la Asamblea Nacional pasaba a ser el centro del poder de la República, pues se constituía en poder superior de los cuatro poderes existentes.²⁰

Por la Ley ordinaria No. 558, aprobada por la Asamblea Nacional el 19 de octubre del 2005, se suspendieron las reformas parciales constitucionales de la Ley No. 520, lo mismo que la Ley de Superintendencia de Servicios Públicos, Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural, Ley de Seguridad Social y demás leyes y actos legislativos que se derivan de los mismos hasta el 20 de enero del 2007.

Posteriormente se reformó la Ley Marco por la Ley No. 610, aprobada por la Asamblea Nacional, el 19 de enero del 2007, suspendiendo su aplicación hasta el 20 de enero del 2008.

Por sentencia N° 1 de las 8:30 de la mañana del 10 de enero 2008, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la Ley Marco y su reforma, por cuanto una ley ordinaria no puede suspender la aplicación de la Constitución, que es ley superior. También declaró inconstitucional la Ley de Superintendencia de Servicios Públicos, Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural, Ley de Seguridad Social, por vicios de procedimientos al haberse omitido el proceso de consulta para su elaboración, establecido en la Constitución Política de Nicaragua. Como consecuencia han entrado en vigencia las referidas reformas constitucionales a partir de la fecha de esta sentencia, sin perjuicio

20 Era tan evidente el carácter asambleario de la reforma constitucional que en la Exposición de Motivos se dijo: "La evolución constitucional supone un reforzamiento de los poderes parlamentarios, fundados en principios democráticos, frente a la reducción de poderes del órgano gubernamental. Este predominio jurídico y político del Parlamento se traduce en una función de control sobre el Gobierno, lo que reafirma la superioridad jerárquica del primero. En la sentencia citada del 31 de agosto del 2002 fue declarada inconstitucional en los considerandos.

de su posterior publicación en la Gaceta, Diario Oficial de acuerdo al art. 18 de la Ley de Amparo.

Al ser declaradas inconstitucionales las mencionadas leyes, las cosas quedaron así: la seguridad social, consagrada constitucionalmente, sigue funcionando con la organización y sistema anterior, la Superintendencia de Servicios Públicos y el Instituto de la Propiedad quedaban como constitucionales, pero sin ley que los ponga a funcionar

6. Reforma constitucional del 2005 (Ley No. 521)

Se reforma el art. 140 de la Constitución que regula el derecho de iniciativa de ley. A los que ya la tenían se agregan los diputados ante el Parlamento Centroamericano por el Estado de Nicaragua, en materia de integración regional.

Esta reforma fue publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 35 del 18 de febrero de 2005.

7. Reforma constitucional del 2005 (Ley No. 527)

Se reforman los arts. 68 y 93 de la Constitución.

El primero se refiere a un tema fundamental del sistema democrático porque afecta la cultura y la libertad de expresión y de información.

Al párrafo cuarto del art. 68 consistió en agregarle un enunciado que lo subrayaremos: “La importación de papel, maquinaria y equipos y refacciones para los medios de comunicación social escritos, radiales y televisivos así como la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos de enseñanza, diarios y otras publicaciones periódicas, estarán exentas de toda clase de impuestos municipales, regionales y fiscales. Las leyes tributarias regularan la materia. Este agregado

de la reforma da pie para limitar o gravar tales importaciones, lo que se esta haciendo con el papel de los diarios. Pero se afirma que este agregado lo único que autoriza a las leyes tributarias es regular otros aspectos de la materia, pero no introducir impuestos que están excepcionados por el mismo artículo, pues para hacer tal limitación se necesita una disposición expresa. Existe un recurso de inconstitucionalidad contra estos impuestos ante la Corte Suprema de Justicia y faltas.

En el art. 93 se establece el fuero militar para los delitos y faltas estrictamente militares, los que serían conocidos por tribunales militares. Los delitos y faltas comunes cometidas, por los militares serán juzgados por los tribunales comunes.

8. Nuestra jurisdicción constitucional y la división de poderes

A pesar de que en sentencia No. 98 de las 9:00 a. m. del 17 de agosto de 2001, había aceptado la constitucionalidad de la improcedencia del amparo contra el proceso de formación de la ley, la que produjo cosa juzgada general (*erga omnes*), de acuerdo con el art. 19 de la Ley de Amparo; la Corte Suprema de Justicia, con mayoría mínima, por sentencia No. 69 del 23 de septiembre del 2004, interpretó el art. 188 de la Constitución que consagra el recurso de amparo contra toda disposición, acto o resolución, y en general, en contra de toda autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. En su interpretación sostiene que dentro de la generalidad en que está redactada cabe también contra la tramitación de la ley, por lo que declaró inconstitucional el inc. 2 del art. 5 de la Ley de Amparo que expresamente dispone que no procede el recurso de amparo contra el proceso de formación de la ley, su promulgación o su publicación. Esta sentencia se dictó con ocasión de la tramitación de la Ley de la Carrera Judicial y cambió el equilibrio de poderes, dejando a la Asamblea Legislativa en una situación de desventajas ante la justicia constitucional y los otros poderes, como veremos más adelante.

Los sistemas de control previo de los Proyectos de Ley en América Latina, principalmente en Centroamérica, funcionan a través de la consulta o petición de una autoridad interesada (el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Procurador de Derechos Humanos, etc.) a la jurisdicción constitucional (Sala Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema) con la finalidad de que se pronuncie si es o no constitucional, pudiendo revisar el fondo y la forma; no tienen legitimidad activa los particulares para pedir esta consulta, pues pondría en peligro el trabajo regular y hasta anular la labor fundamental del órgano legislativo. Pongamos algunos ejemplos:

a) En Guatemala la Corte Constitucional puede emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquier órgano del Estado.²¹

b) En Costa Rica existe consulta previa obligatoria al Poder Judicial cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y las relativas a la aprobación de convenios o tratados internacionales, oyendo a ambos poderes, incluyendo las reservas o propuestas de unos a otros.

Es facultativa la consulta cuando se trata de cualquier otro de proyectos de ley ordinaria, la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos o reformas al reglamento de orden, dirección y disciplina interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.

Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efecto estimaren como

21 Art. 272 ordinal e).

indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativas a su respectiva competencia constitucional.

Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes por considerar que infringen derechos, libertades fundamentales de la Constitución o los instrumentos internacionales de los derechos humanos vigentes en la República.²²

c) En el Salvador cuando la devolución del Proyecto de Ley al Ejecutivo se funda en su inconstitucionalidad y el órgano legislativo ratifica el Proyecto y rechaza las observaciones, el Ejecutivo puede pedirle a la Corte Suprema de Justicia, dentro de tercero día, que declare si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días. Si es constitucional, el ejecutivo estará obligado a sancionarlo y publicarlo.²³

d) En Honduras, cuando el veto del Ejecutivo al Proyecto de la ley se funde en su inconstitucionalidad, el Congreso Nacional no lo puede someter a nueva deliberación, sin oír previamente el dictamen de la Corte Suprema de Justicia.²⁴

e) En Colombia, las leyes estatutarias que regulan ciertas materias (derechos y deberes humanos, partidos políticos, estados de excepción, etc.) antes de su sanción y después de su aprobación por el Congreso es revisada su constitucionalidad por la Corte Constitucional, en el fondo como en la forma.²⁵ También tienen control previo constitucional: los tratados internacionales, los que son enviados por el Presidente de la República a la Corte Constitucional y los proyectos de ley objetados por el Gobierno por motivos de inconstitucionalidad, los que serán remitidos a la Corte Constitucional para que decida sobre su constitucionalidad.²⁶

22 Art. 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

23 Art. 138 de la Constitución.

24 Art. 216 párrafo 4 de la Constitución.

25 Art. 153 de la Constitución.

26 Art. 241.10

f) En Chile están sujetos al control previo obligatorio de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional: las leyes de reforma constitucional, las leyes interpretativas de la Constitución y los tratados internacionales.²⁷

Algunas críticas a esta sentencia son las siguientes:

a) Viola el principio de la división de poderes, al abrir el recurso de amparo tan amplio en su legitimación activa que deja al poder legislativo en inferioridad de condiciones, al impedirle ejercer, en caso de suspensión de procedimiento una de sus principales funciones constitucionales que es legislar, concediéndole al poder judicial, sin legitimidad popular, competencia para paralizar la ley, lo que no le otorga la Constitución.

b) No es cierto que el art. 188 de la Constitución contemple a la ley entre las normas objetos de amparo. No existe en Nicaragua consagrado en nuestro ordenamiento jurídico el control previo. La ley ya promulgada, tiene su regulación especial para impugnarla a través del recurso por inconstitucionalidad, pero no por medio del recurso de amparo, salvo que se proponga en el recurso de amparo cuando la ley es aplicada al caso concreto, en cuyo caso la Corte Plena será la que declare la inconstitucionalidad. El uso indebido del amparo surgió en la acción precipitada de Antonio Lacayo cuando quería ser Presidente, pero se lo impedía su parentesco con la Presidenta doña Violeta de Chamorro. En esa ocasión se interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelaciones de Masaya contra la reforma constitucional y ese tribunal ordenó a la Asamblea Nacional y a la Presidenta que no publicara las reformas y la Corte Suprema anula la publicación de la reforma en base a dicha prohibición y permite que se vuelva a publicar, la cual es un renacimiento que cure el amparo contra el proceso de función de la ley. Para combatir esta paralización del proceso de formación a la ley se reformó la Ley de Amparo, prohibiendo la interposición del

27 Art. 82, 1.2 de la Constitución

amparo contra el procedimiento de la ley, aprobada por la Asamblea Nacional el 30 de noviembre de 1995 en el diario La Tribuna por no haberla publicado. Este recurso nunca ha estado contemplado como un medio para que la jurisdicción constitucional realice el control previo. No existe actualmente como ya expresamos. Este control previo existió en Nicaragua en algunas constituciones: i) En la Constitución de 1939²⁸ se estableció que todo proyecto de ley que no provenga de la iniciativa de la Corte Suprema de Justicia que tenga por objeto dictar, reformar o derogar disposiciones referente a la materia judicial no podrá tramitarse sin el dictamen de la Corte Suprema de Justicia. ii) En la Constitución de 1948²⁹ se estableció el mismo tipo de control previo de la Constitución de 1939. iii) En la Constitución de 1950³⁰ se dispuso que en los proyectos de ley que tengan por objeto dictar, reformar o derogar disposiciones que tengan relación con los Códigos Civil, Penal, de Comercio, de Procedimientos no podrán discutirse sin la opinión de la Corte Suprema de Justicia. iv) En la Constitución de 1974³¹ se estableció el mismo control previo de la Constitución de 1950. En ninguno de estos controles previos, el dictamen de la Corte Suprema de Justicia era obligatorio, pero lógicamente por el prestigio de la Corte y para evitar futuras inconstitucionalidades que detectó ésta, tenía un gran valor en el Congreso de la República.

c) El sistema de habilitar el recurso de amparo para atacar el proceso de formación de la ley es inconcebible, alejado de los sistemas de control previo aceptados por su racionalidad, como los señalados anteriormente pues deja en manos de todas las personas, naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, el poder de paralizar el trabajo de la Asamblea Nacional porque generalmente en toda ley, principalmente las que regulan conductas, resulta alguien afectado. A eso debemos agregar a los litigantes patrocinados por los grupos económicos, políticos, religiosos y de más factores de poder que

28 Art. 200

29 Art. 165.

30 Art. 179.

31 Art. 178.

interponen recursos de amparo, para paralizar las leyes, frente a una Constitución amplia en la regulación de derechos humanos, en la que no resulta difícil fundar el interés esgrimido en una de ellos. Este es un sistema que no surge de la reflexión y estudio previo, racional; del Derecho Comparado sino de una sentencia apresurada que al azar encuentra en el amparo la mejor arma para solucionar el caso concreto.

Por sentencia No. 2 de las 9:00 a. m. del 10 de enero de 2008 se volvía a repetir la sentencia anterior que permite la procedencia del recurso de amparo contra el proceso de formación de la ley, con ocasión de la constitucionalidad de los Consejos del Poder Ciudadano,³² lo cual provocó una crisis que terminó con la creación de un nuevo proceso de impugnabilidad de las leyes, decretos, reglamentos, actos, resoluciones o disposiciones por invasión de competencia de un poder en la competencia de otro³³.

Por ley No. 49 se reformó la Ley de Amparo, la cual fue publicada en La Gaceta No. 28, Diario Oficial, el 8 de febrero de 2008, se dispone que no se puede admitir ni resolver el recurso de amparo contra el proceso de formación de la ley, desde su introducción hasta la publicación; pero puede ser impugnada dentro del procedimiento de conflicto de competencias privativas y constitucionales entre los poderes del Estado. Los poderes que se consideren eventualmente afectados tienen derecho de concurrir a la Asamblea Nacional y a ser oídos, pero la ley se publicará. El plazo para promover el conflicto de competencia de constitucionalidad y competencia será de treinta días a partir de la publicación de la ley.

La Sala de lo Constitucional suspenderá su aplicación y el proceso pasa al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, quien dentro del plazo de treinta días decidirá el conflicto y pasados sesenta días sin que se sentencie, quedará sin efecto la suspensión

32 Creados mediante Decretos N° 112 y 113, publicados en La Gaceta, Diario Oficial N° 230 del 29 de noviembre de 2007.

33 Sentencia Sala de lo Constitucional N° 333 del 5 de diciembre de 2007, las 6:00 p.m.

por ministerio de la ley, sin perjuicio de que posteriormente se declare su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Sistemas de Gobierno en Nicaragua

I. NOTAS SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA PARLAMENTARIZACION

Esta sección es un apretado resumen de las posibles reformas constitucionales que en forma de anteproyecto de ley, ha elaborado un grupo de asesores, académicos y consultores invitados por el Partido Liberal Constitucionalista. Existe con anterioridad un anteproyecto de reformas constitucionales del Frente Sandinista de Liberación Nacional sobre el cual se elaboró este estudio. Lo expresado no son más que aproximaciones a un posible cambio de gran trascendencia, si el modo de ser, querer y voluntad del pueblo nicaragüense lo acepta. No existe ningún compromiso político.

En la democracia moderna existen dos grandes sistemas de gobierno³⁴: el sistema presidencial, y el parlamentario. De ambos han surgido los sistemas mixtos: el semipresidencial que es el sistema parlamentario con piezas del presidencial (como el de la Constitución francesa de 1958) y el semiparlamentario que es el presidencial con piezas del parlamentario (como el de Uruguay y otros).³⁵

34 Modernamente se distingue entre forma de Estado y sistemas o formas de Gobierno. Tomando como base el elemento territorial, son formas de Estado, el Estado Unitario, el Federal y el Regional. Sobre la base de los titulares del Estado y la forma como ejercen sus funciones, los sistemas de gobiernos pueden ser presidenciales, parlamentarios, colegiados y mixtos.

35 Para profundizar sobre el tema de sistemas de gobierno es conveniente consultar los magníficos estudios de Jorge Carpizo. "¿Sistema Presidencial o Parlamentario?". Nuevos Estudios Constitucionales. (Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 279 y sigs.) Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina. Boletín de Derecho Comparado No. 119, Mayo-Agosto 2007. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México; y Diego Valadés. El Control del Poder. Universidad Nacional Autónoma de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2da. Edición 2000. El Gobierno de Gabinete. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua, 2006. Parlamentarización de los Sistemas Presidenciales. Universidad Autónoma de México. Colegio Nacional. México 2007.

Existe también gobiernos colegiados (en Suiza y existió en Uruguay)

1. Sistema presidencial

El sistema presidencial tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos de América. No nace de la lucha contra la Corona, sino del principio de la soberanía popular plasmada en la Asamblea Constituyente. Básicamente está integrado por tres poderes independientes y con controles mutuos. El Poder Judicial puede controlar la constitucionalidad de las leyes, sistema denominado difuso o americano para diferenciarlo del concentrado o europeo, aunque ya se acepta este en nuestros países, formando en algunos países un sistema mixto. Este control jurisdiccional es una pieza fundamental de la democracia moderna como lo es la división de poderes y el pluralismo político. Su adaptación a otros países sufre variaciones.

El presidencialismo de los países latinoamericanos ha hecho del presidente la figura central y preponderante del Estado. Esta visión está siendo rechazada por la doctrina, y las últimas constituciones de nuestros países establecen un mejor balance entre los poderes.

El sistema presidencial se caracteriza así:

a) El poder del ejecutivo se concentra en la figura del Presidente de la República, que de acuerdo a nuestra Constitución es el Jefe de Estado, de Gobierno y del Ejército Nacional. En resumen, es un ejecutivo unitario, concentrado.

b) El Congreso no elige al Presidente de la República, sino el pueblo en comicios electorales directos o indirectos. Este tipo de elección le concede legitimidad popular independiente de la legitimidad popular del legislativo. Ambos pues, tienen legitimidad popular

c) El Presidente nombra y remueve libremente a sus ministros, quienes no son responsables políticamente ante el parlamento, pero al final de sus períodos el pueblo aprueba o rechaza sus gestiones, de lo cual depende su continuación o desplazamiento; aunque en nuestro sistema los ministros y otros funcionarios pueden ser requeridos para informar o para ser interpelados.³⁶

d) Existe división de los tres poderes clásicos: ejecutivo, legislativo y judicial, agregando el poder electoral en Nicaragua. Entre ellos existen controles y balances.

e) El Presidente y los ministros no pueden ser miembros del legislativo, aunque en nuestro sistema los diputados se les permite ser ministros o desempeñar otras funciones, siempre que pidan autorización a la Asamblea y depositen en el suplente. Cuando ya no sea ministro puede reincorporarse a la Asamblea.³⁷ La posibilidad de los diputados de ser ministros y la interpelación de éstos son piezas del sistema parlamentario.

Nuestro constitucionalismo registra figuras e instituciones del parlamentarismo: en la Constitución de 1858, los Ministros podían concurrir sin voto a las deliberaciones del Congreso;³⁸ en las Constituciones de 1893,³⁹ 1905,⁴⁰ 1911,⁴¹ los ministros de estado pueden asistir sin voto a las deliberaciones del poder legislativo y ser interpelados; en la Constitución *non nata* de 1911 los Ministros podían ser destituidos por un voto de *censum*, lo que dio motivo para disolver la Constituyente;⁴² y en las Constituciones de 1939,⁴³ 1948,⁴⁴ 1950⁴⁵ los Ministros enviaran al Congreso memorias de

36 Art. 144 de la Constitución.

37 Art. 138 inc. 10 vi) de la Constitución.

38 Art. 61.

39 Art. 105.

40 Art. 84.

41 Art. 116.

42 Art. 152.2

43 Arts. 226, 227, y 228.

44 Arts. 189, 190 y 191.

45 Arts. 202, 203, y 204.

lo actuado y daban informes que les pedían en los negocios de su ramo; y la de 1974⁴⁶ se establece el informe y la interpelación a los Ministros.

Es importante tener presente este último párrafo porque estas instituciones, con mayor a menor fuerza, volverán a ser citados más adelante con ocasión de la última reforma constitucional y la parlamentarización del sistema presidencial.

f) La mayoría del congreso o asamblea puede pertenecer al partido o partidos diferentes al del Presidente.

g) El Presidente no puede disolver al congreso. En el sistema parlamentario puede ser disuelto el parlamento por el gobierno. Lo que es posible en el sistema parlamentario, constituye un golpe de Estado en el presidencial.

Los defectos del régimen presidencial son los siguientes: no tiene flexibilidad, pues el pueblo debe soportar al Presidente que no tiene capacidad de gobernar, hasta que cumpla su período, problema que se resolvería en el parlamentarismo con el voto de censura; irresponsabilidad política, porque los ministros permanecen en sus puestos a pesar de la oposición o censura del parlamento, siempre que cuente con la confianza del presidente, pero pueden ser enjuiciados por responsabilidad civil o penal; se produce un estancamiento político cuando surge una pugna entre el legislativo y el ejecutivo, repercutiendo como crisis en la administración y en la política, sin embargo puede superarse a través de alianzas entre los partidos y el gobierno. Parte de la doctrina europea considera este sistema autoritario porque el presidente actúa con independencia de la voluntad popular; irresponsable porque no responde ante el pueblo y peligroso por todo lo antes expuesto.

46 Art. 147 numeral 5).

En la década de los noventa del siglo pasado, en dos importantes países de América del Sur, se presentó el dilema de escoger entre presidencialismo y parlamentarismo: Brasil y Argentina.

En el Brasil el Proyecto de Constitución se pronunciaba a favor del parlamentarismo, pero la Asamblea se inclinó por el presidencialismo en forma provisional. La Constitución de 1988 disponía que el pueblo se pronunciará en un plebiscito si quería la monarquía o república, el sistema parlamentario o presidencial, y aceptó la república presidencial.

La reforma constitucional de Argentina de 1994 se inclinó por un sistema semiparlamentario, con la creación de un Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso, quien ejerce la administración general de país, nombra empleados de la administración, excepto lo que correspondan al Presidente, ejerce las funciones que le delegue el Presidente, coordina, prepara y convoca reuniones de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente, envía los proyectos de Ley de Ministerios y del Presupuesto Nacional, hace recaudar las rentas y ejecuta el Presupuesto, concurre al Congreso con voz, pero sin voto y presenta la memoria sobre el Estado de la Nación. Puede ser interpelado, recibir un voto de censura y es removido por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.⁴⁷

Nuestro presidencialismo, así como el latinoamericano, tiende a fortalecer al ejecutivo.

2. Sistema parlamentario

Tiene su origen en las tradiciones políticas de Inglaterra. Es un sistema modelo, aunque en su adaptación a otros países ha sufrido variaciones.

47 Cfr. Roberto Dromi y Eduardo Menem. La Constitución Reformada. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1994, pág. 352 y sigts.

Presenta las características siguientes:

a) Los miembros del gobierno (gabinete, poder ejecutivo), son a su vez miembros del parlamento (poder legislativo), salen de su seno. Esto es lícito e indispensable.

El gobierno está integrado por el jefe del partido mayoritario o por los jefes de una coalición de partidos que logran mayoría en el parlamento.

b) El ejecutivo lo conforma; el jefe de gobierno que dirige la administración y al mismo gobierno; y el jefe de Estado con funciones de representación y protocolarias (rey o presidente)

c) El gabinete es presidido por el primer ministro, quien tiene supremacía. Así se denomina en Inglaterra. En Francia es llamado Premier, y Canciller en Alemania.

La administración pública está atribuida al gabinete y presidida por el primer ministro. El gabinete es supervisado por el parlamento.

d) El gobierno tiene responsabilidad política ante el parlamento, ya sea individual por cada ministro o colectivamente el gabinete. El parlamento puede negar un voto de confianza o dar un voto de censura al gobierno, lo cual lo obliga a dimitir. A su vez el gobierno, como contrapeso, tiene la facultad de pedirle al jefe de Estado, quien generalmente accede, que disuelva al parlamento. En las elecciones el pueblo decidirá si elige un parlamento proclive o contrario al gobierno. En el primer caso el gabinete continúa el poder, en el segundo debe renunciar.

El sistema parlamentario tiene las ventajas siguientes: se logra armonía porque los miembros del gobierno también lo son del parlamento, y pueden asistir a sus deliberaciones, en esta forma se reduce el riesgo de una paralización de la administración, lo que se puede dar en el sistema presidencial; existe responsabilidad

del gobierno, hecha efectiva mediante la disolución del parlamento y la negativa de un voto de confianza o con un voto de censura del parlamento, solucionándose el problema, lo que no se da en el sistema presidencial, en el cual la pugna entre el ejecutivo y el legislativo puede durar mucho tiempo en el detrimento de la gobernabilidad; concede flexibilidad, porque permite cambiar al primer ministro incapaz o designar a otro que asuma una situación de crisis, lo que no se puede hacer en el sistema presidencial.

Sus defectos son los siguientes:

- a) Se produce una fusión entre el ejecutivo y el legislativo, lo que es contrario a la tesis de división de poderes
- b) Tiene un marcado carácter partidista, que puede conducir a la partidocracia.
- c) Concentra el poder en el gabinete, el cual dirige la legislación y le quita el poder de iniciativa legislativa al parlamento.
- d) Se le concede demasiada importancia a los asuntos triviales.
- e) La multiplicidad de partidos y el uso excesivo de votos de censura, trae como consecuencia que los gobiernos carezcan de permanencia y estabilidad.

3. Crisis del presidencialismo

En los Estados Unidos, donde se origina el sistema presidencial, en la Constitución de 1789, se establece la elección del Presidente de la República en forma indirecta.

Posteriormente en 1851, se produce en Francia un cambio al realizarse por elección directa del Presidente a Luis Napoleón, quien afirmó que se había salido “de la legalidad para entrar en el Derecho y que 8 millones de votantes lo esperaban”.

Las oligarquías, los gobiernos militares y los dictadores en Latinoamérica incorporaron este sistema bonapartista porque favorecía sus desmedidas ambiciones de poder.

Ocho constituciones latinoamericanas han separado la jefatura del Estado de la del Gobierno, para evitar la enorme concentración de poder en la presidencia unitaria.⁴⁸ Es ejemplar recordar que con esta separación la monarquía absoluta se convirtió en constitucional.

Se ha planteado la crisis del sistema presidencial sobre la observación de su fracaso en la mayoría de los países que lo adoptaron, excepto en los Estados Unidos. En esta mayoría de países han surgido gobiernos inestables o dictatoriales. Por el contrario, de las democracias estables de Europa y la Commonwealth han surgido regímenes parlamentarios y algunos semipresidenciales o semiparlamentarios. También en países no desarrollados. Tales observaciones se hacían en las décadas de los sesenta y setenta. Es cierto que en el funcionamiento del gobierno influye en buena parte el factor institucional: el sistema presidencial o parlamentario, los partidos políticos (dos, varios o multipartidismo) y los sistemas electorales, pero no debemos olvidar los factores económicos, sociales, políticos, culturales, etc.

Juan J. Linz⁴⁹ ha sido uno de los más críticos del sistema presidencial, al cual considera en crisis, aunque reconoce que algunos de sus argumentos pueden ser refutados y que debe profundizarse más sobre el tema. Veamos sus argumentos:

a) En el sistema presidencial tanto el Presidente como la Asamblea tienen legitimidad democrática por el voto popular, por lo que, cuando la mayoría de la Asamblea tenga una opinión política diferente de los votantes que apoyan al Presidente, se presenta serios conflictos entre poderes que es difícil de resolver por los

48 Diego Valadés. El gobierno de gabinete. Ob. cit., pág. 42 y siguientes

49 "Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Qué diferencia implica?". La Crisis del Presidencialismo. Perspectivas Comparativas. Obra Colectiva. Alianza Editorial. Madrid, 1997. y 1998 T. I. y 11.

medios constitucionales, lo que puede mover al ejército a intervenir como “poder moderador”, o al golpe callejero.

b) El Presidente de la República en el sistema presidencial es elegido por un período fijo y no puede acortarse y muchas veces ni extenderse cuando se prohíbe la reelección, lo que imposibilita la introducción de continuos ajustes que sean requeridos por los acontecimientos políticos, sociales y económicos, lo que no sucede con el sistema parlamentario, en el cual el primer ministro, ante tales acontecimientos, puede solicitar un voto de confianza al parlamento y si lo obtiene se fortalece, pero si no lo consigue, se produce un cambio de gobierno. En resumen el sistema parlamentario es flexible y el presidencial rígido.

El 11 de septiembre de 1973, si hubiera existido régimen parlamentario en Chile, no se hubiera dado el golpe de Estado de Pinochet pues hubiera existido un mejor control, según lo afirman los mismos chilenos.

c) En el sistema presidencial el Presidente victorioso gana todo el ejecutivo, cualquiera que sea el balance de fuerzas partidario alcanzado en la elección y el que pierde lo pierde todo;⁵⁰ en cambio el que aspire a ser primer ministro, si su partido obtuvo, por ejemplo, menos del 51% de escaños en el parlamento tendría que compartir el gobierno con otro partido o formar un gobierno minoritario. Con el 30% de los escaños sólo puede formar un gobierno de coalición, mientras el Presidente puede gobernar bajo tales condiciones, aunque con dificultades con el congreso.

d) En el sistema presidencial, el Presidente es el responsable sobre la prosperidad, estabilidad y gobernabilidad del país, por lo que

50 En nuestro país el candidato presidencial y su vicepresidente que ocupan el segundo lugar pasan a ser diputados propietarios y suplentes respectivamente, lo mismo que el expresidente y vicepresidente (art. 133 de la Constitución), posiciones que evidentemente no son en el ejecutivo, pero desde ahí pueden dirigir sus bancadas y las relaciones con el ejecutivo. Este es un vicio arraigado en nuestro país.

la oposición no está muy dispuesto a apoyarlo, por el contrario lo criticarán y se negarán a compartir responsabilidades, lo que puede generar conflicto entre el ejecutivo y el legislativo. También en algunas ocasiones el ejecutivo, que maneja el presupuesto de la República, procede a repartir puestos, concesiones y beneficios a la oposición.⁵¹

e) La concentración de poderes en el ejecutivo impulsa a muchos sistemas presidencialistas a limitar el ejercicio de la presidencia a uno o dos periodos, lo que provoca frustración en los líderes ambiciosos, que intenta reformar la Constitución para continuar en el poder. El límite en el tiempo puede llevar a una pugna entre el gobierno y la oposición, lo cual precipita la realización de tareas que requieren más tiempo, se trabaja sin la prudencia y planificación necesaria, por lo que se pueden cometer errores. El expresidente abraza la tentación de seguir mandando tras bastidores o designar a su sucesor.

f) El sistema presidencial no tiene un poder moderador y neutral que pueda solucionar situaciones de crisis como en el sistema parlamentario a través del Rey o del Jefe de Estado.

g) En el sistema presidencial es posible, no así en el parlamentario, que extraños accedan al poder, con mayor razón cuando en el país no existen partidos fuertes. El parlamentario considera extraños a aquellos candidatos que no se identifican con un partido ni reciben apoyo de ningún partido, sin experiencia de gobernar ni experiencia política y que se presentan con apoyo populista a menudo fundado en la hostilidad a los políticos y a los partidos. Estos candidatos no tienen el apoyo de la Asamblea, ni continuidad debido al principio de no reelección, por lo que le es difícil crear una organización de partido. Sólo en un sistema presidencial pueden triunfar candidatos como Fujimori o Collor de Mello.

51 Este es un vicio muy arraigado en nuestro país.

h) En el sistema presidencial, la elección presidencial tiene un carácter plebiscitario porque el votante deposita su voto más por el candidato que por el partido que lo postula y su programa. Esto conduce a que el Presidente actúe con bastante discrecionalidad. Este carácter plebiscitario le abre la posibilidad al candidato a ofrecer todo y a todos, muchas veces en forma irresponsable, por lo que pueden los presidentes después de la elección obtener índices de aprobación muy altos que pueden llegar al 70% o al 80%, lo cual no sucede en el sistema parlamentario. Otra consecuencia del carácter plebiscitario de las elecciones populares (Presidentes de la República, gobernadores, alcaldes, etc.), es el éxito en estas elecciones de los artistas, miembros de la farándula, dueños de medios de comunicación, millonarios ambiciosos, etc.

Las opiniones y análisis de Linz han recibido muchas críticas; a saber:

a) Cuando el Presidente de la República no tiene mayoría en la asamblea, es posible la negociación de ambos, hacer un gobierno de coalición, igual que en el parlamentario, y se garantiza de esta forma la gobernabilidad y desarrollo del país. Si son solamente dos partidos, se puede seguir una política bipartidista. No debemos olvidar que la política democrática es dialogo y negociación.

b) El plazo fijo y no reducible del Presidente concede estabilidad al gobierno que no cae por un voto de censura. Esto le advierte al Presidente que cuenta solamente con ese plazo para desarrollar

adecuadamente su gobierno. Cuando el Presidente entra en crisis terminal, el problema se soluciona en algunos países con la renuncia o declaración de incapacidad de éste y la asunción del poder por el Vicepresidente, pero este no es un procedimiento normal y simple de solución. Se producen golpes callejeros y renunciaciones. Donde no existe Vicepresidente, por los problemas que ha causado⁵² o por otras razones, se dan otras soluciones, como los designados a la presidencia.⁵³

Otro procedimiento que se dio en Nicaragua fue el consentimiento del Presidente para que se acortara el plazo presidencial mediante reforma constitucional. Este es un procedimiento al margen del Derecho.

c) Los partidos de oposición pueden cooperar con el Presidente, unos porque todavía no están en capacidad para aspirar a la Presidencia de la República y otros poderosos pueden cooperar en los asuntos sobre los cuales la mayoría de la población está interesada (bienestar económico, libertades, etc.) para no perder electores. Por otra parte, los partidos de oposición son los que controlan al gobierno haciendo efectiva la división de poderes.

52 El Vicepresidente puede tener una tendencia diferente al Presidente o pertenecer a otro partido o simplemente un hombre popular que le ayudó al Presidente a ganar votos. Por otra parte, generalmente el Vicepresidente aspira a la Presidencia, lo que puede desembocar en conflictos. El Vicepresidente no sólo sustituye al Presidente cuando este falta, sino también en algunas Constituciones como la de Venezuela de 1999, se le señalan una serie de funciones importantes. En nuestra Constitución el Vicepresidente de la República desempeñó las funciones que ella le señala y le delegue el Presidente de la República o le otorgue la ley (art. 145 de la Constitución). En México no se contempla la figura del Vicepresidente. No es una pieza esencial del sistema presidencial, por lo que no todos estos sistemas lo contemplan, pero siempre es importante para la gobernabilidad regular un sistema viable de la sucesión presidencial en caso de falta del Presidente de la República.

53 Habían designado en las Constituciones de 1838, 1858, 1939, 1948 y 1950. En la Constitución de 1826 existían el Jefe de Estado y el Segundo Jefe de Estado que sustituía al primero.

II. PUNTOS FUNDAMENTALES DEL CAMBIO.

1. Derechos humanos

a) Se extiende la seguridad al aspecto jurídico y personal de las personas.

b) Se establece expresamente el *habeas data* con el objeto de conocer los datos que registran el Estado o los particulares y proteger la vida privada de las personas y actualizar, corregir o suprimir lo que fuera falso o erróneo. El ejercicio de este derecho se hará por medio del recurso de amparo.

c) Se amplía el número de los derechos humanos, al establecerse que son derechos humanos no sólo los consagrados en la Constitución, sino también los inherentes a la persona humana o los que se desprenden del sistema democrático de gobierno.

d) Se refuerza la presunción de inocencia, dejando claramente establecido que ésta existe durante todo el proceso, y que el procesado goza de todos sus derechos constitucionales hasta que se dicte sentencia firme.

Se prohíbe en la materia penal la interpretación extensiva, analógica y de contexto, para reforzar el principio de la legalidad penal que exige la creación clara y precisa del tipo de delito de acuerdo con la ley.

e) Se establece que la expropiación por causa de utilidad pública o interés social deberá ser calificada en cada caso únicamente por ley, y la indemnización deberá ser previa, en efectivo y justa.

f) Se agrega a la Constitución la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer.

g) Se establece la obligación de eliminar los obstáculos a la igualdad entre hombres y mujeres, y además se dispone que en toda institución de carácter público existirá representación de las mujeres y un equilibrio en dicha representación.

h) Se establece el derecho de petición, en el que se establece la respuesta que debe dar el Estado al peticionario debe ser **transparente**, sin diferencia de ningún tipo entre los ciudadanos y sin más reserva que lo establecido en la ley.

i) Se reconoce el derecho a la herencia y a la libertad de comercio, lo mismo que a la de contratación e industria.

j) Se refuerza la protección a los consumidores, a través de la tutela judicial de sus derechos. La protección no sólo debe ser administrativa (la que no ha funcionado bien), sino también judicial.

III. SISTEMA DE GOBIERNO

1. El ejecutivo

Los órganos fundamentales de esta parlamentarización son los siguientes:

- a) El Presidente de la República,
- b) Primer Ministro y su Consejo de Ministros
- c) y la Asamblea Nacional.

En esta forma el ejecutivo queda dividido en dos secciones, por un lado, el Presidente de la República (Jefe de Estado), y por otro lado el Primer Ministro (Jefe de Gobierno) y su Consejo de Ministros, ambos con funciones y políticas estatales de diferentes competencias. Así se descentraliza al poder ejecutivo, en dos mandos que se relacionan, coordinan y se controlan. Por el contrario en el presidencialismo, esos dos poderes los asume una sola persona, el Presidente de la República, el que también es Jefe de Estado y Jefe de gobierno. Por

tal razón, se ha dicho, por los politólogos, que no hay sistema más parecido a una monarquía que el presidencialismo. El Presidente es una especie de Rey sin Corona.⁵⁴

El Presidente de la República será electo por la mitad más uno de los votos válidos de la elección. Si no lograre esta mayoría se convocará a una segunda vuelta entre los candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos y en esta elección será elegido el que obtenga mayor números de votos. Sólo se permite la reelección sucesiva por una sola vez.

El Presidente de la República ejercerá sus funciones por un período de seis años.

El Presidente de la República tiene varias funciones, entre ellas:

a) Representar a la nación, presentar iniciativas de ley, sancionar y publicar el presupuesto general de la República, dirigir las relaciones internacionales, negociar, celebrar y firmar los tratados, convenios o acuerdos internacionales, reglamentar las leyes.

b) A propuesta del Primer Ministro puede nombrar o remover a los ministros y vice ministros de Estado; Procurador y Sub Procurador General de la República, Presidentes y Directores de entes autónomos y gubernamentales. El nombramiento sólo se considerará firme hasta que la Asamblea Nacional lo ratifique.

Se le suprime el derecho al veto.

Al Presidente de la República se le permite le reelección únicamente por una sola vez y no puede ser Primer Ministro después. La reelección

54 Domingo García Belaúnde, cita a un viajero y sociólogo francés André Siegfried, quien afirma después de observar la política de los pueblos latinoamericanos, que el presidencialismo era una planta nativa de nuestro suelo y que aquí la ley era la simple expresión de lo que quería el Presidente (La Constitución en el Péndulo. Editorial Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, Perú. 1966, págs. 77 y 78)

tiene poca aceptación en Nicaragua, por lo que se ha propuesto la reelección suprimiéndole otras funciones importantes o no permitirla.

Se suprime las diputaciones vitalicias y los diputados no se pueden reelegir en forma inmediata, por lo que ya no pueden aspirar a ser Primer Ministro vencido sus períodos, ya que de la Asamblea Nacional se escoge al Primer Ministro.

2. Primer Ministro

El Primer Ministro es el Jefe de gobierno, y lo elige la Asamblea Nacional con una mayoría calificada del sesenta por ciento. Deberá ser ratificado sin objeción alguna por el Presidente de la República en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas. Si no lo hiciera en dicho plazo, el electo quedará en el ejercicio de sus funciones. Si en los primeros treinta días consecutivos desde las elecciones no fuere nombrado el Primer Ministro, el Presidente de la República presenta sus candidatos al cargo y serán electos por la mitad más uno de los diputados. Si en un plazo de dos meses y en elecciones sucesivas la Asamblea Nacional no nombra al Primer Ministro, el Presidente la disolverá.

El Primer Ministro tiene amplias facultades y es el que organiza y dirige el gobierno de la República, preside el Consejo de Ministros, dirige la economía del país, determina la política y el programa económico social, tiene facultad para crear un Consejo Nacional de Planificación Económica que le sirva de apoyo para dirigir la política económica y social del país, en dicho consejo estarán representadas las asociaciones empresariales, laborales, cooperativas, etc; dictar decretos ejecutivos en materia administrativa, elaborar el Presupuesto General de la República y presentarlo a la consideración de la Asamblea Nacional, plantear ante la Asamblea Nacional su programa de política económica y social, que en caso de no ser aceptado, se producirá un voto de censura que puede producir la cesantía en sus funciones.

Falta una disposición que no permita optar a ser Primer Ministro, al diputado que tuviere parentesco con el Presidente de la República, dentro de los grados y vinculaciones establecidas para no sucederle a éste, consagrado anteriormente.

3. Asamblea Nacional

La Asamblea Nacional se integrará con setenta diputados propietarios y sus suplentes por un período de seis años.

No habrá reelección continua de los diputados, pero podrá correr en las elecciones del 2011.

La Asamblea Nacional conserva sus competencias y atribuciones actuales y se agregan otras. Es el centro del poder del Estado.

Tiene el poder de nombramiento por el sesenta por ciento de votos a los altos funcionarios del Estado y para destituirlos por justa causa: a los Magistrados de la Corte Suprema (se agregan a los de Apelaciones), al Superintendente y Vice superintendente de Bancos; al Fiscal General de la República y al Fiscal General Adjunto de la República; a los Miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República; al Procurador y Sub Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos; al Director y Subdirector del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural. Todos estos funcionarios serán elegidos para un período de seis años y gozarán de inmunidad.

Destituye por ineptitud al Primer Ministro, Ministros y Viceministros, Presidente o directores de entes autónomos y gubernamentales por votación del sesenta por ciento de los diputados.

Ratifica en un plazo no mayor de quince días hábiles, con el voto favorable del sesenta por ciento del total de Diputados, el nombramiento hecho por el Presidente de la República a

propuesta del Primer Ministro, de los Ministros y Viceministros de Estado, Procurador y Subprocurador General de la República, Jefes de Misiones Diplomáticas, y Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales. El nombramiento sólo se considerará firme hasta que la Asamblea Nacional lo ratifique. De no producirse la ratificación, el Presidente de la República deberá proceder, a propuesta del Primer Ministro, a un nuevo nombramiento dentro del plazo de treinta días hábiles, sometiéndose al mismo procedimiento de ratificación por la Asamblea Nacional. Los nuevos propuestos ejercerán las funciones de las respectivas carteras ministeriales hasta tanto la Asamblea Nacional no se pronuncie, rechazándolos y así sucesivamente hasta ratificar al Ministro correspondiente.

Se prohíbe el recurso de amparo contra el proceso de formación de la ley, que interrumpía el trabajo de la Asamblea Nacional e invadía este poder. Tampoco se acepta el control previo de constitucionalidad, que también interrumpe la elaboración de la ley al pasar ésta a la Corte Suprema de Justicia para su revisión.

4. Preguntas, informes, interpelaciones, voto de censura, voto de confianza y disolución de la Asamblea.

Existe un fuerte movimiento tendiente a parlamentarizar el presidencialismo, fenómeno que se encuentra incorporado en buena cantidad de instituciones, con más o menos extensión, y que los estudia e investiga profundamente Diego Valadés, en quien está inspirada esta parte.

Con la reforma constitucional de la Ley 520 de 2005, anteriormente expuesta brevemente, se dio un gran paso en la parlamentarización del presidencialismo, el que se pretende ampliar con las propuestas de esta segunda parte del estudio. Ya señalamos algunos antecedentes históricos, aunque leves, del parlamentario en nuestro constitucionalismo.

Jorge Carpizo y Diego Valadés se han dedicado al estudio de los sistemas de gobierno y sus controles, a los cuales es conveniente consultar.

Valadés señala seis mecanismos que ha encontrado en las constituciones; a saber: las preguntas; las interpelaciones; la participación de los ministros en los debates congresuales; la cuestión de confianza; la moción de censura; y la disolución del congreso o asamblea.

Diego Valadés, sin la estricta y rigurosa división de poder, encuentra:

- a) La presencia de Ministros en el Congreso, ya sea simplemente presenciando o debatiendo, en varios países como República Dominicana, Bolivia, Filipinas, Irán y Uzbekistán.
- b) El voto de confianza en diversas modalidades en Perú, Uruguay, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Federación Rusa, Georgia, Irán, Kazajstán, Liberia, Turquía, Turkmenistán y Ucrania.
- c) Las preguntas, interpelaciones y mociones de censura de sus diversas modalidades es en Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Argelia, Armenia, Bielorrusia, Egipto, Federación Rusa, Filipinas, Georgia, Irán, Kazajstán, Siria, Pakistán, Turquía, Turkmenistán y Ucrania.
- d) La disolución del Congreso en Perú, Uruguay, Venezuela, Argelia, Armenia, Bielorrusia, Egipto, Federación Rusa, Georgia, Kazajstán, Pakistán, Siria, Turquía, Turkmenistán y Ucrania.

Veamos los mecanismos que se contemplan en un “Documento de Trabajo” del Partido Liberal Constitucionalista.

El sistema de preguntas es común en los sistemas parlamentarios para obtener información del gobierno y aunque no está establecido en forma expresa, en la actual Constitución y en el “Documento de Trabajo”, se puede hacer en las comparecencias e interpelaciones a los funcionarios señalados y en su caso al Primer Ministro.

El informe personal del Primer Ministro, Ministros y Viceministros, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales, solicitado por la Asamblea Nacional, es obligatorio bajo las sanciones ya indicadas (art. 138 inc. 4 del párrafo del Anteproyecto).⁵⁵ También existe esta figura en la actual constitución, con el alcance ya visto.

El voto de censura está contemplado en el art. 138 inc. 7 y 22 del “Documento de Trabajo”, pero el voto de censura sólo es dirigido al Primer Ministro y no a los Ministros.

A los Ministros y a los demás funcionarios anteriormente señalados en este “Documento” se les declara no aptos para ejercer el cargo. Esta es una nueva figura que también rige contra el Primer Ministro.⁵⁶ Esta figura esta contemplada en la reforma constitucional de la Ley 520.

Aunque el “Documento de Trabajo” no lo establece, el voto de censura tiene que ser motivado y por escrito. En este voto se refleja la discrepancia y falta de confianza de la Asamblea Nacional hacia el Primer Ministro.

También está incorporado en el “Documento” el **voto de confianza** que se produce cuando el Primer Ministro presenta su programa y política general en materia económica y social a la Asamblea Nacional para su aprobación. Si es aprobado se produce el voto de confianza y si no es aprobado se puede producir un voto de censura (art. 138 inc. 7 párrafo 2 y 3 del documento).

No habla el “Documento de las divisiones que pueda surgir en la Asamblea frente a situaciones conflictivas internas o de política general, en cuyo caso el Primer Ministro puede pedir un voto de confianza.

55 Diego Valadés señala los casos de presencia de los Ministros: cuando son requeridos por la Asamblea Nacional y tiene que comparecer obligatoriamente, el cual es el más aceptado; cuando deben comparecer de manera periódica; cuando asiste a presenciar los debates; y cuando ejercen la facultad de participar en ellos (Parlamentarización de los Sistemas Presidenciales. Ob. cit., pág. 35).

56 Art. 138 inc. 4 párrafo 2.

Otro mecanismo de mucha importancia es la división del ejecutivo en dos esferas del poder: la del Presidente (Jefe de Estado) y el primer Ministro (Jefe de Gobierno).

La disolución de la Asamblea es otra pieza importante de la parlamentarización, sin ningún antecedente en nuestro constitucionalismo. En el documento se dispone que después de dos votos de censura, el Presidente podrá disolver la Asamblea Nacional y convocar a una nueva elección.

El Presidente de la República no podrá disolver la Asamblea Nacional en Estado de Emergencia, ni un año anterior a las elecciones.

Durante el período posterior a la disolución de la Asamblea Nacional y la convocatoria electoral para la elección de una nueva Asamblea Nacional y hasta la elección del Primer Ministro, el Presidente de la República gobernará con un Consejo Administrativo de Gobierno de tres miembros elegidos por la Asamblea Nacional por la mitad más uno de todos los diputados, antes de su disolución.

Se crea una Comisión Permanente integrada por diputados de la Asamblea Nacional para cuando la misma termine su mandato constitucional o sea disuelta, integrada por quince diputados que representen a las bancadas en proporción a su importancia numérica. Hasta la elección de la nueva Asamblea Nacional la Comisión Permanente continuará la función de la misma con las atribuciones que esta le delegue.

5. Poder Judicial

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán vitalicios⁵⁷ y los de los Tribunales de Apelaciones tendrán un período de seis

57 En 1962 se reforma la Constitución de 1950, en ella se establece la inamovilidad del los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Fue su mejor época y terminó con el pacto Somoza - Agüero plasmando en la Constitución de 1974 que se les dio un plazo de 6

años. Todos estos Magistrados serán nombrados por la Asamblea Nacional, por el sesenta por ciento de los votos de los diputados.

Se garantiza la independencia interna y externa de los jueces, gozarán de estabilidad laboral, se prohíbe el traslado, promociones y ascensos sin el consentimiento libre y expreso de los mismos, y sólo podrán ser suspendidos o destituidos por las causas establecidas en La Ley de Carrera Judicial, luego de un debido proceso, so pena de nulidad.

6. Alcaldes y Vice Alcaldes

Los Alcaldes tendrán un período de seis años y no podrán ser reelectos para el período inmediato siguiente.

7. Poder Electoral

Se crea un Instituto Electoral Nicaragüense cuya competencia y funciones serán establecidas en la Constitución y la Ley Electoral, y será controlado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

8. Reforma a la Constitución

Para garantizar el sistema democrático y republicano establecido en la Carta Democrática de la OEA y en sus instrumentos de creación se dispone:

“No podrá reformarse el sistema de gobierno republicano y democrático, el pluralismo político, el procedimiento de reforma de la Constitución Política, la separación de los poderes del Estado, las elecciones libres, periódicas y competitivas y el control de constitucionalidad de naturaleza jurisdiccional. La violación a este precepto constituye delito contra la Constitución Política y los promotores de la reforma no podrían ejercer cargos públicos.

No tendrá ningún valor, por ser fraudulenta, reforma parcial o total de lo dispuesto en este artículo, para después consagrar lo que se prohíbe reformar”.

9. Los cuatro ejes del sistema parlamentario

- a) Partidos políticos fuertes y disciplinados.
- b) Alta capacidad de negociación política y calidad de su dirigencia.
- c) Una oposición crítica y constructiva (*leal*).
- d) Conciencia en la población de que el sistema les traerá beneficios.

10. La administración pública y el sistema parlamentario

También es conveniente, para el normal y buen funcionamiento del sistema parlamentario, implementar la profesionalización de la Administración Pública mediante la aplicación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que garantice la capacitación, estabilidad y promoción de los servidores públicos.

El servicio civil, en situaciones de crisis del parlamentarismo, logra estabilizar el funcionamiento de la Administración, mientras se supera la crisis. Por tanto, urge la implementación de la ley del servicio civil, sin banderas políticas.

11. Homologación de procesos electorales

Después de las elecciones generales de 2011, se homologarán los procesos electorales; elecciones presidenciales, legislativas, parlamentarias, centroamericanas, regionales y municipales, de tal manera que dichos funcionarios inicien y terminen de ejercer el cargo en una misma fecha.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIA DE LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. CARPIZO, Jorge (2007).
 - a) “¿Sistemas Presidencial o Parlamentario?” Nuevos Estudios Constitucionales. UNAM.
 - b) Concepto de Democracia y Sistemas de Gobierno en América Latina. Boletín de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM
2. Colección Cultural de Centro América. Serie Ciencias Humanas N° 12 (2006) “La difícil transición nicaragüense”
3. DROMI Roberto y MENEM, Eduardo. (1994) La Constitución Reformada. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.
4. ESCOBAR FORNOS, Iván (2004) *La Reforma Constitucional*. Editorial Hispamer.
5. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. (1966) La Constitución en el Péndulo. Editorial Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, Perú.
6. GODOY REYES, Virgilio (1978) Coloquio de la Evolución de la Organización Político constitucional de América Latina correspondientes a los años 1950 a 1975. Universidad Nacional Autónoma de México.
7. LINZ, Juan J. (1997) “Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Qué diferencia implica? La Crisis del Presidencialismo. Perspectivas Comparativas. Obra colectiva. Alianza Editorial, Madrid.

8. ORTIZ ORTIZ, Eduardo (1978) “Comentarios sobre la Constitución Sandinista”. San José, Costa Rica.
9. VALADES, Diego
 - a) El control del Poder. UNAM (2000)
 - b) El Gobierno de Gabinete (2006) Hispamer: Managua, Nicaragua
 - c) Parlamentarización de los Sistemas Presidenciales. (2007) UNAM, México.
10. VINTRO CASTELLS, Joan. (2007) “Reflexiones sobre la evolución de la Constitución Política de Nicaragua de 1987. Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Constitucional 20 años de Constitución. Universidad Centroamérica. Managua.

REFERENCIAS LEGALES Y NORMATIVAS

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO SOBERANO, LIBRE E INDEPENDIENTE DE NICARAGUA, Reformada Y Sancionada Por su Asamblea Constituyente el 12 de Noviembre de 1838.
2. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA. Emitida en 19 de Agosto de 1858
3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA decretada por la Asamblea Nacional Constituyente (10-12-1893), y las reformas aprobadas por la Asamblea Constituyente el 7-10-1896.
4. CONSTITUCION POLITICA DE NICARAGUA, del 30 de marzo de 1905

5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 21 de Diciembre de 1911
6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 22 de Marzo de 1939
7. CONSTITUCION POLITICA de 21 de enero de 1948
8. CONSTITUCION POLÍTICA de 1 de Noviembre de 1950
9. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1974. Publicada en “La Gaceta”, Diario Oficial, No. 89 del 24 de Abril de 1974.
10. CONSTITUCIÓN DE 1987 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 5 del 9 de enero de 1987
11. Ley de Reforma Constitucional para las Elecciones del 25 de Febrero de 1990
12. Ley N° 173 Ley de Reforma Parcial a la Constitución de la República de Nicaragua. Aprobada el 23 de febrero de 1994
13. Ley N° 192 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política. Aprobada el 1 de Febrero de 1995 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 124 del julio de 1995
15. Ley N° 330 Ley de Reforma Parcial a la Constitución de la República, aprobada el 18 de enero de 2000 y publicada en La Gaceta Diario Oficial N° 13 de 19 de enero de 2000
16. Ley N° 490 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política, Aprobada el 13 de enero de 2005 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 132 de 7 de julio de 2004
17. Ley N° 520 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. Aprobada el 13 de enero de 2005 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 35 de Febrero de 2005

18. Ley N° 521 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, aprobada el 13 de enero de 2005 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 35 de Febrero de 2005
19. Ley N° 527 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, aprobada el 15 de marzo del 2005 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 68 del 8 de abril de 2005
20. Ley N° 558 Ley Marco para Estabilidad y Gobernabilidad del País, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 203 de 20 de octubre de 2005.
21. Ley N° 610 Ley de Reforma a la Ley N° 558, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 14 de 19 de enero de 2007.
22. Ley de Amparo. 4 de Octubre de 1894. año XXXII. N° 84.
23. Ley de Amparo de 1912. Gaceta Oficial N° 25 del 31 de enero de 1912.
24. Ley de Amparo de 1939. La Gaceta N° 76 de 13 de abril de 1939.
25. Ley de Amparo de 1948. La Gaceta N° 26 de 5 de Febrero de 1948.
26. Ley de Amparo de 1951. La Gaceta N° 27 de 8 de Febrero de 1951.
27. Ley de Amparo de 1974. La Gaceta N° 257 del 11 de Noviembre de 1974
28. Decreto N° 232 Ley de Amparo para la Libertad y la Seguridad Personal. La Gaceta N° 6 del 8 de enero de 1980.

29. Decreto N° 417, Ley de Amparo de 1980. La Gaceta N° 122 del 31 de enero de 1980.
30. Ley N° 49 Ley de Amparo de 1988. La Gaceta N° 241 de 20 de Diciembre de 1988.
31. Ley N° 205 Reforma a los Artos. 6 y 51 de la Ley de Amparo. 29 de Noviembre de 1995.
32. Ley N° 643, Ley de Reforma y Adiciones a la Ley N° 49 “Ley de Amparo” La Gaceta N° 28 del 8 de Febrero de 2008
33. Ley N° 115 Ley de Falta Temporal del Presidente de la República del 1 de Noviembre de 1990, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 226 del 23 de Noviembre de 1990.
34. Decretos N° 112 y 113 Publicados en La Gaceta, Diario Oficial N 230 del 29 de Noviembre de 2007

JURISPRUDENCIA CITADA

1. *Ricardo Argüello Pravia Vs. Cairo Manuel López. Asamblea Nacional. (2001) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.* Sentencia N° 98 de las 9 a.m. de la mañana del 17 de agosto de 2001
2. *Adela Auxiliadora Cardoza Bravo y Otros Vs Diputados: Noel Pereira Majano, Luis Benavides Romero, Delia Arellano Sandoval, Y Noé Campos Carcache. (2004) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,* Sentencia N° 69.del 23 de Septiembre de 2004
3. *Enrique Bolaños Geyer, Presidente de la República.(2005). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,* de 29 de marzo de 2005

4. *Enrique Bolaños Geyer, en el carácter de Presidente de la República de Nicaragua y como Titular del Poder Ejecutivo, Vs la Asamblea Nacional de la República.* (2005) **CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA** (2005) sentencia de las 3:00 p.m. de 29 de enero de 2005.
5. *Rosa Marina Zelaya Vs. Asamblea Nacional.* (2005) **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** Sentencia N° 52 de las 8:30 a.m. del 30 de Agosto de 2005 Inconstitucionalidad de la Ley N° 520 Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política.
6. *Emiliano Dionisio Martínez López, Reyna Juanita Rueda Alvarado, Magali Margarita Martínez Lacayo, Dolores Del Carmen Mercado Fonseca y Elias Chévez Obando y otros Vs. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.* (2007). **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONSTITUCIONAL.** Sentencia N° 333 de las 6:00 p.m. del 5 de Diciembre de 2007
7. *Ramón Gerardo Carcache Vs Presidente de la República y Asamblea Nacional.* (2008). **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sentencia N° 1 de las 8:30 a.m. del 10 de enero de 2008

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Y

DERECHOS HUMANOS

ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS¹

El título cuarto del Texto Superior de la República de Nicaragua se denomina “Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense”, en su desarrollo consagra los derechos, los principios y los valores de la comunidad nicaragüense y de todas y cada una de las personas que la integran.

Sin lugar a dudas, la Constitución de Nicaragua es un texto humanista. Su centro y razón de ser es la persona humana, su dignidad, su vida, su libertad y su igualdad. En ese sentido, la inherencia de los derechos de la persona humana, constituye el faro que orienta la lectura, comprensión e interpretación de la Constitución.

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Doctorando en Derechos Humanos por la Universidad de la Laguna, España. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario de Bogotá, Colombia. Master en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Universidad Francisco de Vitoria y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España, Mención de Honor por el mejor promedio académico y Distinción del Parlamento Español con la Constitución de Cádiz de 1812. Master per Giuristi d'impresa por la Università degli Studi di Bologna, Facoltà de Giurisprudenza, Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, SPISA, Italia. Postgrado en Derecho de Autor y Derechos Conexos para Profesores Universitarios de América Latina por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Universidad de los Andrés, Venezuela. Gerente General de la Firma *Motta Navas Abogados Asociados Ltda.* Ex Secretario del Sistemas Operacionales de Aeronáutica Civil

El respeto, la promoción y protección de los derechos humanos no tiene excepción. El Texto Superior evidencia la intención del constituyente de superar la formulación de un catálogo teórico de derechos y libertades de las personas, para concretar reales y efectivas garantías en cabeza de todos y cada uno de los habitantes del territorio nicaragüense.

En forma similar a varias constituciones de la postguerra, la Constitución de la República de Nicaragua estipuló el Bloque de Constitucionalidad, integrando al máximo nivel de su categoría normativa, los diferentes tratados y convenios internacionales referentes a derechos humanos a que hace referencia el texto constitucional. En tal virtud, el artículo 46 de la Carta Magna, previó el artículo 46.

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Los instrumentos internacionales integrados por el artículo citado denotan el alto grado de compenetración que en materia de derechos humanos deseó el constituyente nicaragüense con la comunidad internacional. Debe recordarse, en este orden de ideas, que la parte dogmática del Texto Superior, recoge la totalidad de experiencias y reflexiones realizadas en occidente desde el movimiento constitucionalista liberal. La forma como se expone la vida, la libertad, la igualdad y la obligada referencia a los tratados y convenios internacionales, destacando en todo caso la

superioridad de la persona sobre el Estado, hace de la Constitución de Nicaragua, un instrumento de convivencia, desarrollo y progreso bajo la ideología occidental clásica.

De manera contundente, el artículo 23 de la Carta dispone la inherencia e inviolabilidad del derecho a la vida. El texto dice: “Artículo 23. El derecho a la vida a la vida es inviolable e inherente a la persona humana”. En Nicaragua no hay pena de muerte. Y, con un profundo sentido humanista, proscribire la pena de muerte, bajo una defensa radical y contundente del derecho a la vida. Por supuesto, la vida es condición del ejercicio de los demás derechos, es la base de la libertad y el presupuesto de la igualdad en sentido relacional. Su inherencia a la persona y la imposibilidad conceptual, material y práctica de menoscabarla o limitarla es indiscutible. Así lo entiende y expone el artículo 23 ya citado, el cual, sin ningún tipo de restricción interna o externa al derecho, consagra la primacía y prevalencia del derecho a la vida.

La regla básica de la libertad en sentido negativo, se encuentra prevista en el artículo 25 que dispone como derechos de las personas, la libertad individual, la seguridad y el reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica. Esta primera formulación se complementa con la opción descrita en el artículo 32 cuando expresa: Artículo 32. Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe. Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, mientras que los servidores públicos, quienes detentan el poder público, tan sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados de conformidad con el artículo 130 de la Constitución, tal y como acaece en cualquier Estado de Derecho.

La norma reza: Artículo 130. La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede, a quien lo ejerce, más funciones que las que le confieren la Constitución

y las leyes. Todo funcionario del Estado debe rendir cuenta de sus bienes antes de asumir su cargo y después de entregarlo. La ley regula esta materia.

Ahora bien, en el texto constitucional se consagran las principales y más importantes libertades en sentido positivo de un Estado Democrático a saber: libertad de conciencia, libertad de pensamiento y religión (artículo 29 Cn), libertad de expresión (artículo 30 Cn), libertad de locomoción y circulación (artículo 31 Cn), además de todas y cada una de las libertades derivadas de la presunción de inocencia, el habeas corpus, el debido proceso, el derecho a la defensa, la prohibición de tratos crueles, la doble instancia, entre otros (artículos 33 y 34 Cn).

El carácter humanista de la Constitución de Nicaragua se revela entre otros aspectos, en la consagración del artículo 35, en donde, la integridad de la persona humana y a prohibición de la tortura y de los procedimientos, penas, tratos crueles y degradantes, se compadece con la primacía del ser humano sobre cualquier otra consideración de Estado.

Los derechos humanos tienen su vinculación directa en el texto superior y se respetan como condición *sine qua non* del Estado Social de Derecho. Así, la libertad del ser humano, como basamento y fundamento de las demás instituciones dogmáticas contenidas en la Constitución, se complementa con el artículo 40 del Texto Superior, en donde se proscribe la esclavitud, la servidumbre o el trato de los seres humanos en cualquiera de sus formas. La norma expresamente dijo: “Artículo. 40 Nadie será sometido a servidumbre”. La esclavitud y la trata de cualquier naturaleza están prohibidas en todas sus formas. Ahora bien, la igualdad se consagra en forma clásica en el artículo 27 de la Carta Política a través de la regla esencial de la no discriminación, prohibiendo criterios de diferenciación negativa como motivos de nacimiento, nacionalidad, credo

político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. La norma dispone, artículo. 27: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección.

No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Por su parte, con profundo sentido equitativo el entramado constitucional prevé situaciones de diferenciación positiva que permite otorgar tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Los niños, el adulto mayor, los discapacitados, los enfermos, los familiares y víctimas de la guerra tienen un lugar especial dentro de la constitución garantista. Su condición exige que se les trate en forma diferente, positivamente, elevando el catálogo de privilegios y bienes que deben repartirse en su favor, teniendo en cuenta sus especiales y excepcionales circunstancias.

Es especialmente importante el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales que contiene el texto constitucional, dentro de sus previsiones, se consagran medidas programáticas para evitar el hambre, llevar salud, educación y cultura a todos y cada uno de los habitantes, promover la consecución de una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar, proteger el derecho a la seguridad social integral para prevenir las contingencias de la vida, entre otros aspectos. En similar forma, la Carta

Política consagra derechos en cabeza de la colectividad, como por ejemplo el ambiente sano, ubicando de esta manera los derechos de tercera generación dentro de la Constitución.

Sobre el particular, la formulación de los derechos de segunda y tercera generación permiten calificar el Estado nicaragüense dentro de la estructura del Estado constitucional democrático moderno, con un alto sentido humanista y garantista, revelando a la persona humana por encima del Estado y disponiendo el reconocimiento de los derechos inherentes, esenciales e inalienables del ser humano.

El capítulo tercero de los derechos sociales se lee conjuntamente con el capítulo quinto que se ocupa de los derechos laborales.

Su impronta permite la realización del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y destaca un sentido de equidad que supera la concepción liberal clásica. Por otra parte, los derechos políticos son regulados bajo la tradición occidental en el capítulo segundo del título cuarto consagrando la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses al prever: Artículo 48. Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

La familia ocupa todo un capítulo dentro de la parte dogmática de la Constitución y es definida como el núcleo fundamental de la sociedad. Así, tiene la especial protección del Estado y en su estructuración se prevén, entre otros, los derechos de los niños, la protección a la mujer embarazada, a la reproducción humana y a los ancianos y se exige la paternidad y maternidad responsable.

En conclusión, la Constitución nicaragüense es una Carta humanista, pensada, escrita y promulgada por y para la persona humana, concordante con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, con profundos matices garantistas y protectores, y en donde el poder público está al servicio de los ciudadanos, de las personas y de los derechos.

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EFICACIA EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

EDUARDO JORGE PRATS¹

SUMARIO: I. El sentido constitucional del Derecho Administrativo en el Estado Social. II. Sentido de la eficacia en el ámbito administrativo. III. La eficacia como mandato constitucional y supranacional. IV. La eficacia como garantía del administrado en el procedimiento administrativo. V. El futuro de la eficacia como principio de la actuación administrativa.

I. El sentido constitucional del Derecho Administrativo en el Estado Social

Por suerte o por desgracia el Derecho Administrativo no ha sido en República Dominicana una disciplina jurídica de desarrollo igual o semejante a otras ramas del Derecho tales como el Derecho Civil, el Derecho Laboral o el Derecho Procesal. Las razones son obvias para este anquilosamiento: la Administración no ha estado sometida a Derecho pues ni ha estado sujeta a procedimientos jurídicos formalizados fiscalizados administrativamente ni ha

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, República Dominicana. Director de la Maestría en Derecho Constitucional Universidad Castilla La Mancha-PUCMM.

existido una jurisdicción contencioso-administrativa que controle efectivamente las actuaciones de la Administración. En otras palabras, la Administración no ha estado controlada ni a priori vía unos efectivos recursos administrativos que purguen las arbitrariedades de la Administración ni a posteriori vía la sanción judicial.

Decimos por desgracia porque este estado de cosas ha contribuido a erigir la Administración dominicana en una Administración delincuente, una Administración incontrolada, inmune a la sanción judicial, inembargable en sus bienes, impune, a fin de cuentas. Decimos por suerte porque, gracias a este estado de cosas, el Derecho Administrativo solo puede desarrollarse partiendo de los datos de la constitucionalización del Derecho que obligan necesariamente a estudiar la Administración no mediante la resucitación de paradigmas jurídicos superados sino mediante la adecuación de las instituciones administrativas al deber ser constitucional.

Así, por ejemplo, no puede hablarse hoy de que la misión de la Administración es simple y llanamente servir el interés general por lo que debe gozar de una serie de prerrogativas como la presunción de legalidad de sus actuaciones, la ejecutoriedad de sus actos, la inembargabilidad de sus bienes, y la potestad sancionadora. Ello así porque el interés general se encuentra precisamente en la finalidad principal del Estado que, conforme al Artículo 8 de la Constitución, es la protección efectiva de los derechos de la persona. Como esa es la finalidad principal del Estado, el interés general no puede ser otro que la promoción de los derechos fundamentales y ello exige que el Estado no se encierre en sí mismo y, muy por el contrario, requiere que la Administración se abra al público y al foro público, como bien evidencian los mecanismos de consulta pública de las propuestas reglamentarias consagrados por la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley Monetaria y Financiera y la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.

Pero más aún: el interés general en un Estado Social y Democrático de Derecho como quiere y manda el Artículo 8 de la Constitución radica en la protección del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas, pero principalmente de las más desfavorecidas. Y es que a la Constitución le preocupa no la persona considerada in abstracto como en el Derecho Privado sino la persona socialmente situada. Por eso el Artículo 8 garantiza no solo los derechos individuales sino también los sociales y por eso el Artículo 100 establece que la República no solo condena la desigualdad formal sino también “toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos”. Este último mandato constitucional constriñe al Estado a remover todos los obstáculos que impidan no solo la igualdad formal sino también la igualdad sustancial, la igualdad social.

Es por este reconocimiento de que la finalidad principal del Estado es la protección efectiva de los derechos de la persona y de que esta persona no puede perfeccionarse progresivamente viviendo solo en un orden de libertad individual sino que requiere, además, un orden de justicia social, que el Estado debe estimular la integración efectiva a la vida nacional de los campesinos (Artículo 8.13.a), que los poderes públicos deben proteger a las madres y garantizar su derecho a la asistencia oficial en caso de desamparo (Artículo 8.15.a), y que el Estado debe estimular el crédito público para “hacer posible que todos los dominicanos posean una vivienda cómoda e higiénica” (Artículo 8.15.b), por solo citar algunas de las prestaciones sociales a las cuales se encuentra obligado el Estado por ser Estado Social desde la óptica constitucional.

En otras palabras, la Administración conforme a la Constitución no puede limitarse a garantizar una esfera de acción autónoma a los individuos limitando sus libertades solo en el marco de una ley previa (principio de legalidad del Estado de Derecho) sino que está constreñido constitucionalmente a adoptar una serie de políticas y de normas que garanticen los derechos sociales, utilizando para

ello todos los recursos estatales hasta el máximo disponible según el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Administración está vinculada a los derechos fundamentales pero estos derechos no son solo los individuales sino también los sociales y estos últimos obligan a la Administración a implementar políticas que hagan realidad el programa social constitucional. La Administración está limitada por la ley porque el Estado de la Constitución es un Estado de Derecho pero, al ser también desde la perspectiva del deber ser constitucional también un Estado Social, comete arbitrariedades e injustos cuando omite su deber de aplicar socialmente las leyes existentes o cuando no adopta los reglamentos que permitan cumplir la misión social del Estado.

El Derecho Administrativo sigue siendo, no hay duda, “Derecho del poder para la libertad”, pero esta libertad no solo es individual sino también social. La Administración debe entonces procurar que todas las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales en las mejores condiciones posibles, que son precisamente aquellas que no quebrantan la igualdad formal y real que debe reinar entre todos los dominicanos conforme la Constitución. Por su parte, el Derecho Administrativo y sus cultores deben procurar que los derechos fundamentales se proyecten sobre toda la disciplina de modo que las teorías del Derecho Administrativo sean teorías constitucionalmente adecuadas a la Constitución dominicana, Constitución que no solo es política sino también social.

Lo anterior obliga no solo a que la dogmática iusadministrativista se replantee las instituciones del Derecho Administrativo a la luz constitucional sino también a que todo esfuerzo de reforma constitucional conciba a la Administración desde una óptica iusfundamental que debe ser necesariamente una óptica socialmente vinculada. El Derecho Administrativo tiene innegables bases constitucionales y éstas no solo son las del constitucionalismo liberal sino fundamentalmente las del constitucionalismo social. El

Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado pero el Derecho Constitucional no solo es el Derecho de las libertades individuales sino también el de las libertades sociales tributarias de la revolución mexicana de 1917 y de la Constitución cubana de 1940 y de la dogmática europea del Estado Social de Derecho que arranca con Herman Heller. Todo verdadero Derecho Administrativo es, por tanto, Derecho Administrativo Social, si partimos de que la misión fundamental del Estado es la protección de una persona socialmente situada. El Derecho Administrativo es, entonces, Derecho Administrativo de la pobreza y de la procura existencial, sobre todo en un país que, como la República Dominicana, se caracteriza por las graves y profundas desigualdades sociales.

Vivimos tiempos interesantes. Es una suerte que no contemos con un Derecho Administrativo fuertemente arraigado en las instituciones superadas del vetusto Estado Liberal. Esto nos ofrece la oportunidad de construir una disciplina constitucionalmente inspirada y socialmente vinculada. Es una desgracia no contar con viejos dogmas que por lo menos podamos superar. El reto es doble. La tarea es común a constitucionalistas y a especialistas del Derecho Administrativo. Aprovechemos el tiempo y no dejemos pasar esta oportunidad de reorientar la acción y el estudio jurídico de la Administración. Empecemos abordando la dimensión constitucional de la eficacia en el Derecho Administrativo...

II. Sentido de la eficacia en el ámbito administrativo

La eficacia “es el grado en que se alcanzan los objetivos propuestos o también la actuación para cumplir tales objetivos” en tanto que la eficiencia “significa hacer bien las cosas”.² La eficacia busca el resultado de la acción, la realización efectiva, real, de los objetivos deseados o programados. La eficiencia se centra en el logro del resultado de la manera más óptima y menos costosa posible.

2 Luciano Parejo Alfonso. EFICACIA Y ADMINISTRACION. Madrid: MAP, 1995, pág. 94.

En lo que respecta a la Administración Pública, la eficacia orienta el ejercicio de la función administrativa, tanto en lo que concierne a la organización de la Administración como en lo atinente a la actuación de ésta y sus relaciones con los ciudadanos. Sin olvidar la estrecha conexión que existe entre el ámbito organizativo y la actuación administrativa concreta, este artículo se centra en la incidencia de la eficacia en el desarrollo externo de la actividad administrativa y, consecuentemente, en los derechos e intereses de los administrados. Esta eficacia impone “un deber de actuación administrativa, a fin de que el correcto desarrollo de la misma permita obtener decisiones que, además, de no vulnerar el ordenamiento jurídico, sean eficaces”.³

III. La eficacia como mandato constitucional y supranacional

La eficacia –salvo honrosas excepciones como es el caso de la Ley Monetaria y Financiera-⁴ no aparece plasmada expresamente en ninguno de los textos legales que sirven de fundamento al estatuto de la Administración Pública dominicana y que plasman los principios que rigen la actuación administrativa.

Sin embargo, del Artículo 8 de la Constitución es posible inferir la eficacia como principio implícito que rige la Administración. En efecto, al disponer nuestra norma fundamental que “se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos” (Artículo 8), es evidente que se establece la primacía de la persona en la sociedad y su posición fundamental ante –y en– un Estado que ya no tiene como fin a sí mismo sino que su existencia solo es

3 Julio Ponce Solé. DEBER DE BUENA ADMINISTRACION Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEBIDO. Valladolid: Lex Nova, 2001.

4 Artículo 4.e.

constitucionalmente admisible en la medida en que es Estado de Derecho y Estado Social. Esto así la eficacia emerge, a partir de la Constitución y del “Derecho Constitucional de la efectividad” a que ella da origen, como la exigencia de una acción estatal organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización del fin del Estado: la protección efectiva de los derechos de la persona.

Tomando en cuenta que el Estado contemporáneo es primordialmente un Estado administrativo, el mandato de eficacia implícito en la propia consagración de la finalidad principal de un Estado a la vez de Derecho y Social, en lectura combinada con el principio de razonabilidad de la actuación estatal exigido por el Artículo 8.5 de la Constitución, conduce necesariamente a la conclusión de que “la Administración, a la que en el período del Estado liberal de Derecho se le exigía sólo la correcta aplicación del Derecho y, con el desarrollo de las políticas sociales, pasó a requerírsele, cada vez más, eficacia y eficacia distinta en cada uno de sus ramos y sectores de actividad (...) le es demandada ahora, además, eficiencia en la eficaz realización del interés general conforme a su determinación por el Derecho”.⁵ De manera que, la eficacia exigida a la actuación administrativa es, no hay que olvidarlo, una “eficacia eficiente”.

La eficacia de la acción estatal y, en específico, de la actuación administrativa, resulta ser también un mandato supranacional –y por ende constitucional, partiendo de que como bien establece la Suprema Corte de Justicia en su Resolución 1920-2003, los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus interpretaciones por sus órganos de aplicación forman parte del “bloque de constitucionalidad”- en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si asumimos que la eficacia es garantía de buena Administración, no hay dudas de que ésta integra el derecho fundamental a un debido proceso, lo cual ha sido reconocido también en la Resolución citada por nuestro

5 Luciano Parejo Alfonso. DERECHO ADMINISTRATIVO. Barcelona: Ariel, 2003, pág. 145.

más alto tribunal de justicia. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.⁶ Este derecho a un debido proceso administrativo incluye el derecho a ser oído, el cual, tal como establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acogiendo el criterio del administrativista argentino Agustín Gordillo, “no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos, y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión”.⁷

IV. La eficacia como garantía del administrado en el procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo es al mismo tiempo garantía de una buena Administración y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. De ahí que el procedimiento administrativo no es un fin en sí mismo sino que tiene un rol eminentemente instrumental. “Afirmar la naturaleza instrumental del procedimiento administrativo no debe conducir, sin embargo, a considerar que lo más importante es la aplicación correcta de la ley a los casos concretos, es decir, la legalidad material de los actos administrativos, independientemente de las irregularidades formales del procedimiento. Hay que enfatizar que las decisiones administrativas no pueden ser legales o correctas al margen del procedimiento. Muy por el contrario, las formalidades procedimentales permiten legitimar la actuación administrativa (...). Parafraseando el adagio anglosajón de que *justice must not*

6 Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C. No. 72, párrafo 129.

7 CIDH, Informe No. 49/99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México 13 de abril de 1999, párrafo 69.

be only done, it must also seen to be done, podríamos afirmar que no basta con que la Administración decida o actúe conforme a las normas procedimentales, lo cual significa, en principio, actuar conforme a Derecho. El respeto a las normas procedimentales es clave principalmente cuando el legislador deja un margen de apreciación o discrecionalidad a la Administración pues, en ese caso, la decisión no podrá ser invalidada, en principio, por su contenido, el cual puede ser libremente determinado por la Administración, sino que necesariamente la corrección de la actuación tendrá que ser vista a la luz de los principios y garantías procedimentales, como es el caso del debido proceso y la razonabilidad”.⁸

Por este carácter doblemente garantista del procedimiento administrativo que hace que éste cumpla una función eminentemente instrumental, la eficacia es un principio clave del procedimiento administrativo. El mismo indica, para decirlo con las palabras del legislador peruano, que “los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados”.⁹ En otras palabras, el procedimiento administrativo debe ser eficaz lo que significa que solo es eficaz aquella actuación administrativa donde se ha observado el procedimiento legal establecido.

La eficacia, a su vez, implica los siguientes sub principios:

a.) Instrumentalidad. Como ya hemos dicho, el procedimiento administrativo no es un fin en sí mismo. La eficacia implica el principio de instrumentalidad. Esta instrumentalidad significa que el procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección

8 Eduardo Jorge Prats y Omar Victoria Contreras. DERECHO DE LA REGULACION MONETARIA Y FINANCIERA. Santo Domingo: Ius Novum, 2008, pág. 115.

9 Artículo IV.1.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General No. 27.444 del año 2001.

de los derechos e intereses de los administrados porque esa es precisamente la finalidad principal del Estado: la protección efectiva de los derechos de la persona.

b.) Economía procedimental. Esto conlleva a que el procedimiento administrativo esté orientado a disminuir el número de diligencias administrativas y a eliminar todas aquellas que son superfluas o establecen requisitos que no tienen nada que ver con el objeto ni la prosecución del procedimiento.

c.) Simplicidad. Los trámites administrativos deben ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria. Aquí debemos resaltar que de la sencillez del procedimiento administrativo dependerá en gran medida la simplicidad en el acceso a la justicia, si eventualmente la actuación administrativa es sujeta a censura a nivel jurisdiccional.

d.) Uniformidad. La Administración deberá establecer requisitos similares para trámites similares. La diferenciación deberá basarse en criterios razonables y debidamente sustentados. Esto está vinculado con el principio de igualdad y no discriminación. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los requisitos administrativos que se exijan “deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana”.¹⁰

e.) Antiformalismo. La forma es garante de la libertad pero el procedimiento administrativo no cumple su función si la actividad administrativa es una mera forma, un aparato exterior que busca tan solo dar forma solemne al acto. El procedimiento

10 Corte I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafos 240 y 242.

administrativo, por tanto, no puede estar construido a imagen y semejanza del formalista proceso civil. De ahí que, las normas procedimentales deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de manera que sus derechos e intereses no sean vulnerados por la exigencia de formalidades que pueden ser subsanadas dentro del procedimiento, siempre y cuando dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés general.

f.) Celeridad. Una buena y eficiente Administración debe ser célere porque la tardanza administrativa es una denegación de los derechos del ciudadano. “La exigencia de celeridad, sin embargo, no puede conducir a que la Administración Pública omita el cumplimiento de actos de procedimiento necesarios, o los cumpla solo parcialmente, dejando de lado recaudos que deben concretarse para establecer la verdad material, para así garantizar la defensa de los administrados, y fundar una decisión legítima y oportuna”.¹¹

g.) Información. La eficacia administrativa implica que los ciudadanos puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre la organización de la Administración y los procedimientos que ésta despliega. Es por ello que la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública dispone no solo la entrega de esta información sino que establece el deber de las autoridades de “establecer una organización interna, de tal manera que se sistematice la información de interés público, tanto para brindar acceso a las personas interesadas, como para su publicación a través de los medios disponibles”.¹²

h.) Racionalidad. Ya hemos dicho que la eficacia constitucionalmente exigida al Estado y, en especial, a la Administración, es una eficacia eficiente. No se trata, en consecuencia, solo de alcanzar los resultados legalmente exigidos sino sobre todo alcanzarlos de la

11 José Araujo Juárez. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO FORMAL. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005, pág. 124.

12 Artículo 4.

manera más racional, eficiente, óptima. De ahí que la eficacia exige que en cada procedimiento administrativo se cumplan no solo los requisitos legalmente exigidos sino todos aquellos técnicamente necesarios para obtener el mejor resultado.

V. El futuro de la eficacia como principio de la actuación administrativa

Es de esperar que una Ley de Procedimiento Administrativo recoja expresamente todos los principios que rigen la actuación administrativa. Y es que, como bien expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Actividad de la Administración Pública y de su Control por los Tribunales, “lo que caracteriza a la acción administrativa en las sociedades contemporáneas es su dinamismo estructural que no puede ser atrapado con simples reglas” y que requiere la fuerza vivificante y dinámica de los principios.

Mientras tanto, y hasta que los dominicanos nos unamos al conjunto de naciones que han reglamentado legalmente el procedimiento administrativo y sus principios¹³, la práctica y la jurisprudencia pueden darle sentido a estos principios de la actuación administrativa, entre ellos el de la eficacia que, como ya hemos visto, parte de la exigencia constitucional de que el Estado propenda a su finalidad principal: la protección efectiva de los derechos de la persona. Un procedimiento administrativo centrado en la persona, en el ciudadano, en el administrado es, en consecuencia, un procedimiento eficaz y una garantía no solo de los derechos fundamentales y legales sino también la base de una buena Administración.

13 Allan R. Brewer Carías. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMERICA LATINA. Bogotá: Legis, 2003.

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA

MARIO A. HOUED VEGA¹

La vigente Constitución Política de la República de Nicaragua de agosto de 1987 y sus reformas, dispone en su art. 165 que “Los Magistrados y Jueces en su actividad judicial, son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución Política y a la ley; se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita”.

En el anterior enunciado podemos observar, de forma clara y directa, el principio esencial de independencia de los jueces en un Estado de derecho, como garantía primigenia de una correcta Administración de justicia.

Ahora bien, tradicionalmente la ciudadanía tiene o ha tenido contacto con el ejercicio de la función jurisdiccional sólo cuando las personas intervienen en un proceso o por lo que se informa a través de los medios de comunicación. En ese sentido, dicha función suele ser, hasta cierto punto, ajena a la gente común y quizás no muy bien entendida o con una imagen un tanto distorsionada, pues ha permanecido bastante inaccesible para el escrutinio público.

¹ Ex Magistrado (jubilado) de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; Profesor de derecho penal y derecho procesal del postgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Derecho. Actualmente es Rector del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Managua, Nicaragua.

Pero esa situación hoy día ha cambiado o está cambiando y se exige tanto por la sociedad civil como a lo interno de los propios Poderes Judiciales, que la credibilidad y actuación de los juzgadores esté acorde con los principios constitucionales que así lo determinan.

Conviene advertir aquí que incluso cuando se habla de la exigencia de democratización de todo el sector público, se piensa en casos reales de corrupción o en sospechas de que estos se hayan dado, por lo que diversos sectores sociales reclaman transparencia en el ejercicio del poder, ante lo cual el Estado ha tenido que reaccionar mediante la implementación de políticas de rendición de cuentas.

Y a ello no está ajena la Administración de justicia, a quien se exige y demanda cada vez más, una intachable gestión en el ejercicio de su función. Se trata entonces, de que los magistrados y jueces garanticen que sus decisiones son producto soberano de la aplicación del ordenamiento y del conocimiento jurídico, y no de influencias o ingerencias de otra naturaleza. Para cumplir con esa sagrada misión se ha implementado en todos nuestros países la carrera judicial, que supone el ingreso, selección y promoción de sus funcionarios mediante parámetros objetivos, como por ejemplo concursos públicos basados en criterios de idoneidad, de manera que se procure mayor transparencia y seguridad en lo que respecta a la política de nombramientos.

Tampoco debe dejarse de lado la adecuada atención de las personas que utilizan los servicios judiciales, ya sea como partes en un proceso o de cualquier otra manera, para lo cual el Poder Judicial debe promover la creación de mecanismos adecuados, que pueden ir desde contralorías de servicios hasta órganos disciplinarios que puedan resolver ciertos conflictos por vías debidamente establecidas.

Sin embargo, pese a la importancia de lo anterior, en todo este proceso, que podríamos denominar de renovación institucional democrática, el aspecto que no debe olvidarse es el plano ético.

Siguiendo ese lineamiento, los Poderes Judiciales deben desarrollar enormes esfuerzos por unificar criterios éticos que regulen la actuación de sus servidores. Producto de ello se cuenta hoy con valiosos instrumentos como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, el Estatuto del Juez Iberoamericano y la Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, que recogen de manera expresa los principios básicos fundamentales para tutelar y fortalecer una justicia que aspire a la excelencia.

Todas estas herramientas están dirigidas a generar consciencia en los funcionarios judiciales sobre la relevancia social de su labor, así como incentivar ciertas prácticas y conductas que incrementen la credibilidad en sus actuaciones, lo que a su vez conlleva mayor legitimidad para el sistema.

Se trata entonces, no sólo de lo que la normativa señale, sino de hacer realidad lo que el legislador plantea en las leyes para garantizar la institucionalidad en un Estado de Derecho, y de esa forma generar confianza en los usuarios en todos los niveles.

Por eso es indudable que la primera actitud que se reclama de un magistrado o juez responsable y serio, es que actúe con independencia, conforme se lo exige el referido art. 165 de la Constitución Política, especialmente alejándose de factores ajenos al Derecho mismo, en particular aquellos relacionados con actividades políticas partidarias.

Dicho principio no debe observarse como un privilegio para quien se desempeña en esa función, sino como un medio para garantizar a los usuarios del sistema que sus asuntos serán resueltos conforme al Derecho y la justicia.

Y es que, según decíamos, los funcionarios judiciales deben hacer valer su independencia de criterio frente a toda influencia que, ya sea desde lo externo o lo interno del mismo Poder Judicial, quiera

ejercerse sobre ellos para que resuelvan en algún determinado sentido. El fin que se persigue es que estos funcionarios opten por la solución más justa y correcta, con apoyo únicamente en la Constitución Política y en la ley. Se trata no sólo de que así lo diga la normativa, sino de comportarse en la realidad como ella lo impone.

La característica de la independencia está íntimamente relacionada con la imparcialidad. Si el Derecho es lo único que debe guiar la actuación de los servidores judiciales, entonces la igualdad en el trato hacia las partes resulta imprescindible. La objetividad al resolver se logra de dos maneras: basándose única y exclusivamente en la prueba para determinar los hechos y manteniendo una distancia prudente de las partes y sus abogados durante el proceso.

De manera correlativa, cuando se percate de que existe alguna razón para estimar comprometida su imparcialidad, las autoridades jurisdiccionales deben abstenerse de conocer el asunto.

La independencia y la imparcialidad se dan la mano y juegan un papel decisivo en una de las obligaciones fundamentales inherentes a la función judicial: la de motivar o fundamentar las decisiones.

Así, otra característica ética que se procura inculcar a los servidores de la Administración de justicia es que toda resolución debe ser motivada o fundamentada.

Asimismo, el principio constitucional de independencia también se asienta en que los funcionarios sean idóneos para el desempeño del cargo, por lo que es importante afirmar que otra característica ética del servicio judicial está determinada por el conocimiento y la capacitación, pues únicamente aquellos que realmente conocen la materia para la cual han sido designados, pueden cumplir a cabalidad su función. La ciudadanía tiene derecho —y los Poderes Judiciales el deber de satisfacerlos de que quienes resuelvan las causas estén preparados para hacerlo.

Igualmente debe aclararse la idea de que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar la justicia y la equidad, esenciales en un Estado democrático, pues aquél va más allá del contenido de los textos legales. Implica considerar las circunstancias personales, familiares y sociales que envuelven un determinado caso, para así, sobre la base de esos elementos y con criterios de justicia, tomar la decisión más acertada. Por supuesto que esto obliga al Juez a razonar críticamente el problema y también a descender de su posición supra partes para ubicarse (sin entrar en posiciones comprometedoras de su imparcialidad) en un plano horizontal con ellas y así procurar la solución real y adecuada del conflicto. Esta proposición ética, también derivada del principio de independencia, guarda extrema relación con la prudencia a la hora de resolver. Es indispensable que las autoridades jurisdiccionales ejerzan un autocontrol de sus actuaciones, de manera que estas reflejen un proceso de reflexión del caso sometido a su análisis, de modo que hayan considerado los argumentos de las partes y hayan sopesado las consecuencias de su fallo.

Ser independiente y responsable no es sólo cumplir un horario o una cuota de trabajo; es una actitud que implica tener claro que se está en el puesto para servir, en primer lugar, a las partes y, en segundo lugar, a la comunidad en general. Nunca puede perderse de vista que por ser parte del sector público, los funcionarios judiciales están obligados a considerarse servidores de la comunidad en general y deben estimar que en cada caso concreto, las partes específicas de un asunto simbolizan esa comunidad a la que sirven. Por ello, deben poner todo su empeño en realizar sus tareas, cualesquiera que sean estas, con la mayor dedicación y la mejor voluntad posibles. Asimismo, conlleva la obligación de denunciar ante las autoridades disciplinarias correspondientes, las situaciones anómalas que conozcan. Esto se asocia con la diligencia en el desempeño del cargo, pues nada se gana con asumir con dedicación un asunto, si se tarda una eternidad en resolverlo.

También la independencia supone integridad, la cual consiste en que los servidores judiciales deben comportarse siempre y en todo

momento de manera decorosa, y aunque este es un punto polémico, pues algunos creen que por medio de este precepto se promueve una indebida intromisión en el ámbito privado de aquellos, esto no es así. Lo que sucede es que la función judicial debe generar confianza en la comunidad, de manera que lo que se persigue con este principio es que en sus actuaciones en público, los jueces, magistrados y todos los servidores judiciales se comporten de manera adecuada, acorde con lo que razonablemente espera la sociedad de una persona con el respectivo cargo. En ese sentido, es necesario que los servidores judiciales tengan conciencia de lo que se espera de ellos y de las exigencias que le son impuestas.

En fin, el principio constitucional de independencia que se instauró en la Constitución Política de Nicaragua en el art. 165, trasciende la mera retórica. Es la razón de ser de un servicio público esencial para la vida en sociedad, que supone un ejercicio cierto, transparente, justo e igualitario para todos los ciudadanos.

Sin independencia no hay justicia, y sin justicia no hay legitimidad.

ALGO SOBRE JUECES Y DERECHOS HUMANOS: LOS VINCULOS INEVITABLES

MANUEL VIDAURRI ARECHIGA¹

SUMARIO: 1.- Palabras de agradecimiento. 2.- El juez en tres dimensiones. 3.- Perfil *político* y *científico* del juez. 4.- Algo más sobre el perfil *político* del juez. 5.- Algo más sobre el perfil *científico* del juez. 6.- La visión integradora. 7.- La brújula del juez. 8.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la administración de justicia. 9.- El juez y los derechos humanos. 10.- A modo de conclusión.

1.- Palabras de Agradecimiento.

Queremos agradecer cumplidamente la invitación formulada por los distinguidos juristas Sergio Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo para participar en el libro que ellos dirigen en torno a las Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, esta es una maravillosa oportunidad de sumarse al trabajo académico que, con buen tino y oportunidad, han convocado nuestros apreciados colegas integrantes el Magistrado de la Sala Constitucional y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana, respectivamente. Igualmente

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Director de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

expresamos nuestro saludo agradecido al profesor Francisco E. Enríquez Cabistán, coordinador del texto, por su paciencia y apoyo. Ojalá que estas líneas aporten algo al propósito que alienta este importante documento.

2.- El Juez en tres Dimensiones.

El papel de las y los juzgadores puede ser observado desde, al menos, tres dimensiones: a) como empleados o servidores públicos; b) como representantes de un Poder público, y, c) como peritos o técnicos altamente especializados en alguna rama del derecho.

Esta visión tridimensional², por sí misma, ya daría lugar a una serie de reflexiones en torno a cada una de esas manifestaciones que hacen sentido sólo de manera conjunta. Que el juez sea todo lo mencionado simultáneamente no quiere decir que, en efecto, tales representaciones posean el mismo nivel de relevancia y significado social. A cada una de estas tres expresiones del mismo personaje corresponde igualmente un determinado marco de referencia y con ello un determinado marco de evaluación. Así que, no es lo mismo analizar/observar al juez empleado (aspecto *laboral*), que al juez órgano de representación (aspecto *político*) o al especialista jurídico dictaminador de asuntos (aspecto *científico* vinculado a lo *jurisdiccional*).

En un caso, se trata de un funcionario con derechos y obligaciones laborales perfectamente determinadas. En otro se trata de aquél servidor público en quien se deposita un elevado y puntual poder

2 Al respecto, véase de González Solano, Gustavo, “El ejercicio del poder de los jueces”, en Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, año/vol. III y IV, número 101 y 102, Costa Rica, 2003, ahí señala: “Básicamente el papel del juez se encuentra delimitado por tres tipos sencillos de roles que tiene que cumplir conjuntamente, no siempre simultáneamente, pero que están presentes en la determinación de muchas de las diversas actividades que él despliega. Los de tipo *laboral*, los que le asignan o atribuyen por el cargo *funciones públicas*, y las derivadas directamente de sus actividades materiales o intelectuales concretas que ejecuta para llevar a cabo su función jurisdiccional, esto es, la *aplicación del Derecho*. Es decir, es un dependiente salarial, un delegado de poderes y deberes y un técnico en las palabras jurídicas”.

y mandato constitucional, y en otro, finalmente, se aprecia la capacidad intelectual puesta al servicio de la justicia.

3.- Perfil *Político* y *Científico* del Juez.

Para otra ocasión dejamos el tratamiento del juez como empleado o servidor público, no sin dejar sentado ahora que, en efecto, esa vertiente de la triple manifestación ya mencionada reclama mayor detenimiento y profundidad.

De momento nos interesa, especialmente, referirnos a las dos perspectivas que le ven como encarnación del poder judicial y como un especialista que aplica la ley a casos concretos. Estas son, indiscutiblemente, las dimensiones que de mejor forma definen lo que es ser juez. El elemento político de su actuación, por virtud de su adscripción a uno de los tres poderes públicos, le impone una responsabilidad profunda y seria: garantizar el Estado de Derecho. Mientras unos elaboran o crean las normas y otros las ejecutan, éste se encarga de que en cada caso concreto sean aplicadas poniendo solución al conflicto. Y es en ese *poner solución* al conflicto donde aparece la figura del concedor, en suma, del experto en el ejercicio jurisdiccional.

Que si es el juez un ente político, creo que la respuesta debe ser afirmativa, sin duda. Por muchas razones, entre las que puede mencionarse el hecho de que su ejercicio se basa en la aplicación de las leyes que son, obviamente, productos esencialmente políticos, resultado de las tensiones entre las diversas organizaciones partidistas que polemizan e interactúan en los congresos o parlamentos. De ahí que, con razón, se diga que los jueces (más claramente, sus resoluciones) son los medios a través de los que se expresan determinadas posiciones políticas y hasta ideológicas³. Pero el juez, ante todo, es un concedor profundo

3 Sobre este tema, conviene revisar el texto de Luis Fernando Niño, "Juez, institución e ideología", en el libro colectivo coordinado por Messuti y Sampetro, *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, página 213 y ss.

de la ley, la doctrina y la jurisprudencia es, pues, un intelectual cuyos conocimientos se aplican técnicamente en el análisis de controversias o casos en los que brillan y afloran sus saberes y virtudes. Generalmente (y también idealmente), de entre las muchas profesiones jurídicas, las y los jueces pueden ser identificados porque poseen varias notas características: son personas que ha invertido mucho tiempo en la adquisición de conocimientos apropiados para esa función, han superado una serie de experiencias importantes relacionadas con la actividad jurisdiccional y, con frecuencia, han progresado en los diversos escalones que integran una carrera judicial –aunque ésta no se encuentre del todo regulada o establecida- y, más aún, incluso no son pocos los que han decidido dedicar su vida a esta actividad lo que habla ciertamente de una suerte de íntima vocación. En suma, vemos que el trabajo intelectual desarrollado por las y los jueces se caracteriza por un abordaje integral de las leyes de la materia respectiva, además de una contrastación de criterios y posturas doctrinales –generadas por juristas nacionales o internacionales (derecho comparado)-, orientándose asimismo por las múltiples jurisprudencias y tesis sobre tal o cual asunto, todo lo cual dice mucho de la complejidad de su trabajo.

4.- Algo más sobre el Perfil *Político* del Juez.

La ventaja personal de tener contacto con muchos servidores públicos del poder judicial permite afirmar que, indistintamente, los jueces no suelen asumirse como *políticos*; es más, frecuentemente buscan deslindarse de esta categoría o condición; su autoimagen les sitúa alejados de la política pero más próximos a una labor eminentemente técnica - por no decir aséptica-. En no pocas ocasiones hemos escuchado decir, por voz de los mismos juzgadores, que su quehacer queda francamente lejano de las luchas o confrontaciones políticas, ya que lo suyo en realidad, afirman, es la pura y simple aplicación de la ley a los casos concretos. Discutir sobre si la aplicación de una ley es o no un acto político reclamaría mucho más tiempo y espacio del que

disponemos ahora; luego entonces, valga señalar que esa postura de los juzgadores es comprensible si lo que se busca es marcar distancia de las posiciones “partidistas” que no políticas, lo que es en efecto algo distinto. Nos parece que, difícilmente, un juez no evitar que se le reconozca como un actor político, sobre todo desde esa plataforma desde la que hemos reconocido al juzgador como un representante del poder judicial, que es un poder político. La ingenuidad no es buena coartada. Indiscutiblemente, los jueces aplican e interpretan leyes que en sí mismas encierran o contienen postulados políticos e ideológicos⁴ con los que, eventualmente, podrá o no estarse de acuerdo, situación que se torna fundamental en la medida que *ese estar o no de acuerdo* contribuya a la toma de decisiones.

5.- Algo más sobre el Perfil Científico del Juez.

Por contrapartida, los jueces suelen asumirse más como *científicos*. Desde luego que las y los jueces están más cerca de esta categoría. Las cosas que hacen y el cómo las hacen parece abonar una afirmación como la que se acaba de hacer. Cuando un juez pone en marcha la labor intelectual de discernir la norma aplicable al caso concreto, evaluando la calidad de los argumentos expuestos por las partes, aplicando con todo rigor las reglas de la lógica y dictaminando conforme a un criterio entrenado en orden a la idea de justicia, su labor no es precisamente la propia de los políticos⁵, por el contrario es lo más cercana a la actividad científica, entendiendo por tal aquella que se hace siguiendo una metodología concreta que se aplica a un objeto determinado.

4 Si bien es indudable que el legislador promueve e impulsa ciertas posiciones ideológicas, Luis Fernando Niño, *op. cit.*, páginas 221 y 222, nos recuerda que: “como todo hombre de ideas, el jurista tiene también su ideología”, y en el concepto jurista encontramos natural considerar al juez mismo, portador de una “visión de la realidad circundante que otorga cierta coherencia al pensamiento y obrar individual”, de ahí que “queda claro que todo hombre de ideas resulta –por imposición de su mera índole histórica y cultural- portador de una determinada ideología”, incluyendo, insistimos los mismos jueces.

5 Con elementos de análisis en torno a la independencia e imparcialidad de los jueces a diferencia del actuar del político, conviene leer de Aguiló Josep, “Independencia e Imparcialidad de los Jueces y argumentación jurídica”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, número 6, México, 1997.

El juez aquí llamado científico *conoce* la ley (herramienta básica), pero también *está informado* suficientemente de los esfuerzos y aportaciones hechas por la doctrina después de haber analizado, comparado, sistematizado y criticado la ley; amén de que *no ignora* –al contrario, siempre las tiene presentes- las interpretaciones hechas a las leyes por otros jueces -de mayor jerarquía- y que le resultan vinculantes. En pocas palabras, el juzgador se integra a un proceso de conocimiento, análisis y desarrollo normativo que le resulta útil para la debida realización de sus funciones, procediendo de una forma sistemática y metódica, ajena a la improvisación o las buenas intenciones pues lo suyo es un trabajo de razones y argumentos.

6.- La Visión Integradora.

Parece inevitable reconocer que el juez sí hace política cuando hace su trabajo⁶. Su calidad o condición de representante de un poder público y el perfil técnico que le es propio, constituyen un binomio indisoluble que le define de cuerpo entero. El poder del juez radica precisamente en ser un auténtico y legítimo representante del poder político, lo que por consecuencia constituye la base de su autoridad pública. Pero esa autoridad pública se basa, de igual forma, en un determinado *saber hacer*, que a su vez se sustenta en un cúmulo de conocimientos altamente especializados que sirven para interpretar y concretar la idea de justicia.

7.- La Brújula del Juez.

Para el cumplimiento de la elevada responsabilidad que los jueces tienen conferida en el Estado de Derecho cuentan con una herramienta fundamental que guía sus empeños. Para explicar

6 Véase al respecto Luis Fernando Niño, *op cit.*, página 224, para quien “el juez –hombre o mujer- es un animal político en el sentido aristotélico del término, un individuo con ideas propias o tomadas a préstamo; con un saber teórico, que está obligado a renovar incesantemente, y con un bagaje técnico, una intuición y unos sentimientos personalísimos.

este aspecto acudimos a la metáfora utilizada por el profesor argentino Luis Fernando Niño⁷ quien, textualmente, expone lo siguiente:

“El derecho concreto, el derecho vivo, el que encarna en cada resolución judicial constitutiva de una norma individual es —o al menos, debe ser— cambiante y progresivo, porque sólo de esa manera logrará adaptarse a la incesante versatilidad de la vida social a la que se aplica. Esa tarea de cambio y adaptación permanente constituye, a nuestro criterio, la función personal y específica de la magistratura”.

“Al resolver cada conflicto intersubjetivo, el juez, en cierta medida, instituye, en aquel sentido enciclopedista de “establecer” o “fundar” algo de nuevo, o de “dar principio a una cosa”. Él es, o —al menos— está en condiciones de ser, el artífice de la transposición de lo estático, de lo preestablecido, a una nueva dimensión, ésa que toca al “hombre de carne y hueso”, que inaugura una realidad social distinta a la preexistente, a partir de cada acto genuinamente jurisdiccional”

El mismo autor que seguimos, hace notar que:

“Frente a la imagen tradicional de un magistrado embotado por la rutina de acomodar de algún modo la realidad conformada por su materia justiciable en el marco proporcionado por el legislador, corresponde erigir, en homenaje a lo inacabado de la empresa democrática, a un ciudadano lúcido y capaz, a un gimnasta cívico ocupado en resolver los conflictos que atañen a otro u otros del modo más beneficioso para una convivencia crecientemente justa y ordenada; no como molde asfixiante, que lo retrotraería a aquella imagen desprestigiada, sino, por el contrario, como manantial que lo refresque y estimule contra las tentaciones del fetichismo legalista”.

7 *Op. cit.*, página 216.

Se impone, siguiendo el discurso del citado Luis Fernando Niño, preguntarnos ya ¿y cuál es ésa pauta orientadora que, a manera de brújula, en lugar de inmovilizar o automatizar al juez, lo impulsa en la labor instituyente, dando lugar a la resolución de litigios? Como no puede ser de otra manera, respondemos coincidentemente que esa pauta orientadora es, justamente, la Constitución. La brújula, pues, es la propia norma constitucional, ese imprescindible compendio de principios y normas básicas en función de las cuales se organizan los poderes estatales.

“El juez –afirma certero el jurista argentino-, como órgano que tiene a su cargo la función específica de satisfacer pretensiones en un espacio y tiempo determinado, no puede reducir su tarea a una mera deducción silogística cuya premisa general sea la ley; no es un eremita devoto de la lógica formal, limitado a formular inferencias, desentendido de la concreta realidad sobre la que habrá de recaer su decisión. **Si a algo debe reverencia es a aquellos preceptos constitucionales fundamentales.** Sirviendo a su efectiva concreción, habrá de recobrar el carácter dinámico que permita reconocerlo en su dimensión instituyente, en lugar de entreverlo como un indolente congelador de situaciones injustas⁸⁷”.

Con base en lo anterior, puede decirse que si al legislador compete proporcionar el desarrollo legislativo respecto de aquellas materias o campos temáticos meramente enunciados por la Constitución, al juez corresponde intervenir en defensa de la vigencia real del mandato constitucional y legal. Esto dicho, equivale a señalar que los jueces no pueden –ni deben- ceñir sus decisiones a criterios partidistas, so pena de incurrir en odiosas desviaciones de su mandato. Su obligación será, en todo caso, ajustar plenamente su quehacer jurisdiccional al texto constitucional, las leyes y los instrumentos internacionales de derechos humanos⁹.

8 Op. cit. página 217. Énfasis añadido.

9 En el mismo sentido, Luis Fernando Niño, *Op. cit.*, pág. 218.

8.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Administración de Justicia.

Un deber ineludible de todos los órganos de los Estados consiste en respetar y garantizar los derechos humanos. Lo anterior implica al poder judicial, a sus jueces, primordialmente. Como dice Héctor Faúndez, “no es mera casualidad que la mayor parte de las denuncias sometidas ante instancias internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieran a violación de garantías judiciales”¹⁰. La doctrina internacional en materia de DIDH tiene claro que corresponde al Estado adoptar todas las medidas necesarias o indispensables para asegurar, a través de su sistema de administración de justicia, que los derechos humanos de las personas sean debidamente respetados. En este sentido, las que siguen son algunas de las medidas mínimas, o deberes, que corresponde atender al Estado (especialmente referidas a las obligaciones contraídas por los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante CADHU-).

- ***Investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.*** Lo que quiere decir que el Estado tiene la obligación de organizar el aparato gubernamental, así como todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de manera que asegure jurídicamente el libre ejercicio de los derechos humanos. Luego, prevenir y sancionar cualquier violación a los mismos es una responsabilidad inexcusable.
- ***Prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes.*** Este es otro límite del DIDH a la administración de justicia. La restricción incluye, aparte de los jueces, a los integrantes del poder legislativo quienes no pueden dictar leyes que establezcan este tipo de penas.

10 Faúndez Ledezma, Héctor, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación por el juez nacional”, visible en <http://www.jueces.org.ve>. Consultado el 7 de Julio de 2009.

- ***Respetar las garantías de libertad personal.*** Con base en el DIDH se incluyen una importante serie de garantías para la libertad personal cuya aplicación corresponde a los jueces. Por ejemplo, los artículos 9 del PIDECYP y el 7 de la CADHU prohíben la privación arbitraria o ilícita de la libertad, estableciéndose además para la persona afectada el derecho a ser informada de las razones de su detención y a ser notificada sin demora de la naturaleza de la acusación formulada en su contra. Toda persona, también se señala esto, debe ser llevada sin demora ante un juez y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, o ser puesta en libertad sin perjuicio de que el proceso continúe. Lo relevante de esto es que en ambos casos se contempla el derecho a recurrir ante una autoridad judicial para que esta se pronuncie sobre la legalidad de la detención y ordene lo que proceda.

- ***Respetar las garantías judiciales como un derecho instrumental.*** Estas garantías se encuentran perfectamente establecidas en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECYP) y 8 de la CADHU y resultan francamente necesarias para hacer efectivos los demás derechos humanos. Así tenemos que estas garantías aluden a dos rubros, a saber:
 - ***A) Los referidos a los principios generales del debido proceso¹¹.*** Son principios generales cuya función estriba en asegurar la rectitud y corrección de los procedimientos judiciales. Estos principios, resumidamente, son: de igualdad ante la ley y los tribunales; derecho a ser oído antes de que se emita un pronunciamiento judicial; igualdad de medios a disposición de las partes; presunción de inocencia en materia penal, entre otros.

 - ***B) Las condiciones previas que deben reunir los tribunales.*** Con base en el DIDH los tribunales deben

11 Para mayor información sobre este tema, ver Bacigalupo, Enrique, El debido proceso penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

estar previamente establecidos en la ley así como su competencia, su independencia y su imparcialidad.

- ***Las garantías relativas al procedimiento judicial.***
En este apartado se consideran dos aspectos básicos, por un lado la publicidad del proceso, y de otro, la celeridad del mismo. En el primer supuesto, se parte de la idea de que el carácter público de los procedimientos ante órganos judiciales protege a los litigantes de una administración de justicia en secreto, sin la observación pública, al tiempo que permite la confianza en los tribunales; se dice que la publicidad apuntala un juicio justo. De otro lado, es esencial que la administración de justicia sea rápida, y de calidad, obviamente. Estos dos aspectos se consignan en el PIDECYP (artículo 14. 1) y en la CADHU (artículo 8.1), respectivamente.
- ***Las garantías de la defensa en materia penal.***
Además de las ya mencionadas, existen garantías específicas para la persona acusada: derecho a ser informado sin demora de la naturaleza y causa de la acusación; derecho a disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa; derecho a defenderse personalmente o por un defensor de su elección; derecho irrenunciable a contar con un defensor proporcionado por el Estado; derecho a interrogar testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo; derecho a contar con un intérprete si no comprende o habla el idioma del tribunal; derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a confesarse culpable; derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.
- ***El agotamiento de los recursos internos como previa condición para acudir a instancias internacionales.***
Cabe señalar que el DIDH reconoce y desea que los recursos jurisdiccionales internos función con eficacia

y apropiadamente, antes de que operen los recursos previstos en el ordenamiento internacional de derechos humanos. Dicho con otras palabras, para que proceda un recurso planteado ante una instancia internacional se requiere que se hayan interpuesto y agotado antes los recursos considerados en la jurisdicción internacional.

9.- El Juez y los Derechos Humanos

Reza el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –en adelante, CPEUM- lo siguiente:

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.

Con esta parte del texto constitucional, por lo demás francamente significativa, queremos aludir a los vínculos inevitables que enlazan a los jueces con los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos –en adelante DIDH-. Las lógicas relaciones entre juez y Constitución, Juez y ley, se amplían por virtud de lo señalado en el consignado artículo 133 de la CPEUM al universo legal de los tratados ratificados debidamente por el Senado de la República. El Juez, en un sentido meramente literal, habrán de arreglarse -es decir: ajustar su decisión o dictamen- a la Constitución y las leyes, pero también a los tratados o convenciones, bien que éstas sean generales, específicas o para la protección de grupos específicos. Bien visto, el transcrito artículo constitucional nos muestra a un juez conocedor de la norma fundamental, de las leyes emanadas de la misma y de los tratados o convenciones internacionales, de los que cabe destacar ahora los que versan sobre derechos humanos.

Lamentablemente, como nos informa Jorga Carmona Tinoco¹², este precepto constitucional ha experimentado una aplicación escasa por parte de los jueces locales, y ello motivado por varias razones, aportadas por el investigador arriba citado, mismas que se transcriben a continuación por considerarlas de sumo interés:

“1.- Se manifiesta una cierta inercia por parte de los jueces en general, de la cual participan también los abogados y las partes en los procesos, de no invocar los tratados internacionales aplicables, toda vez que prefieren argumentar dentro del marco que proporcionan las leyes o la propia Constitución”.

“2.- Para desaplicar una ley por considerarla contraria a un tratado o para interpretar éste en armonía con la Constitución, se requiere un detallado estudio y conocimientos profundos sobre el sentido y alcance de las disposiciones normativas respectivas. Esto demanda en el juez una sólida preparación que debe iniciar desde las propias facultades o escuelas de derecho, en las que, desafortunadamente, no se ha dado énfasis en el papel que juega el derecho internacional en la actualidad, en especial con relación a la protección de los derechos humanos”.

“3.- También existe la preocupación de que al desaplicar la ley, su decisión sea revertida por sus superiores jerárquicos o, incluso, por los tribunales federales. Esto manifiesta una cierta <<disciplina>> judicial, que impide el establecimiento de criterios innovadores en el marco del ordenamiento vigente, lo cual ha generado prácticas que desconocen la jerarquía y aplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos no obstante que ... al ser ratificados son normas internas”.

12 Ver su artículo “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en Derecho internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, coordinado por Ricardo Méndez Silva, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, especialmente página 197 y siguientes.

“4.- Estos últimos aspectos son reflejo de un problema mucho más profundo, en el cual participan los tribunales federales, quienes han tratado de mantener en su exclusivo ámbito de competencia el control de la constitucionalidad y argumentan que el artículo 133 es tajante y que dicho control entra en la esfera de facultades del Poder Judicial de la Federación. Existen tesis jurisprudenciales en ambos sentidos, esto es, por una parte hay aquellas que aceptan la posibilidad de que los jueces locales desapliquen las leyes que consideren contrarias a la ley suprema (que incluye los tratados) y, por el contrario, hay criterios que lo niegan rotundamente”.

Si analizáramos cada una de estas razones que explican la inaplicabilidad del artículo 133 de la CPEUM, especialmente de su último párrafo, nos daríamos cuenta de que en buena medida se trata de cuestiones, en cierto modo, reversibles. Aunque, en efecto, en algunos supuestos lo dicho no sea tan sencillo, o tal vez ni siquiera pueda lograrse en un corto plazo. Al caso, podríamos mencionar como formas de superar este estado de cosas, por ejemplo: superar el localismo legislativo extremo, impulsar la capacitación profunda en materia de DIDH¹³, defender el ejercicio consistente y firme de la autonomía e independencia judicial¹⁴, así como también potenciar la

13 Sobre este aspecto se ha pronunciado entre otros, Del Toro Huerta, Mario Iván, en su artículo “Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de Derecho internacional de los Derechos Humanos”, publicado en Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos. Guía de estudio y antología de lecturas. Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2008, página 577. Una experiencia interesante se consigna en el Décimo Informe de Actividades de la Procuraduría Estatal de los Derechos Humanos, Abril 2003 a Marzo de 2004, rendido el 27 de mayo de 2004, refiriéndose a la impartición por primera vez en el Estado del seminario “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno”, al que asistieron 54 juristas guanajuatenses, entre estos jueces y magistrados, defensores de oficio, profesores universitarios y defensores de derechos humanos; participaron como conferencistas los siguientes: Sergio García Ramírez, Elías Carranza, Sergio Brown, Jorge Carmona y Juan Navarrete, reconocidos especialistas en la materia.

14 Al tenor de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, proclamados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán, Italia. Aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985. Este y otros documentos de interés puede verse en Derechos Humanos y Justicia

adopción y desarrollo del criterio jurisdiccional que asocie plenamente a los principios de interpretación de los derechos humanos tales como el Principio *pro homine*¹⁵, el Principio de la posición preferente de los derechos humanos, Principio de interpretación evolutiva y el Principio de maximización de los derechos y estándar mínimo¹⁶.

Entre los muchos autores nacionales que consideran que los jueces locales sí tienen la facultad de examinar la constitucionalidad de las leyes, se cuentan entre otros¹⁷ Jorge Carpizo, Héctor Fix Zamudio, Antonio Tena Ramírez, y más recientemente el propio Jorge Carmona, Mauricio Iván del Toro Huerta¹⁸ y Miguel Carbonell¹⁹. Qué razón tiene Carmona cuando afirma que “fuera de la posición teórica que se adopte, lo cierto es que la ineficacia del artículo 133 ha provocado a lo largo de su existencia el debilitamiento de los tribunales y jueces locales. Cosa distinta hubiera sido si dichos juzgadores (incluyendo por supuesto a los magistrados, que son sus superiores) cumplieran con su deber apoyando sus decisiones en el artículo 133 de la Constitución Federal”, agregando más adelante una conclusión que aquí compartimos absolutamente:

Penal, compilados por Vidaurri Aréchiga, Manuel y Miguel Valadez Reyes, Edición de la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2002.

- 15 Según se define en el Diccionario Espasa de Derechos Humanos, de Valencia Villa, Hernando, Editorial Espasa, Madrid, 2003, *Pro homine* es el “principio de interpretación y aplicación del derecho según el cual, en caso de conflicto o de duda, debe darse preferencia al individuo frente a la institución, la autoridad o la ley misma. Como el derecho internacional de los derechos humanos es un ordenamiento humanista y humanitario, encaminado a la protección de las personas frente a los Estados e incluso contra los Estados, toda su interpretación ha de estar gobernada por el principio *pro homine*”.
- 16 Según Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2006, página 131, “de acuerdo con este principio se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales (por desgracia en México todavía no sucede esto, ya que los jueces conocen poco los tratados y además los abogados no suelen esgrimirlos en sus demandas).
- 17 Con base en la información proporcionada por Carmona Tinoco, op cit., pág. 199.
- 18 *Op. cit.*, página 653.
- 19 *Op. cit.*, pág. 131.

“nunca es tarde para lograr esto, así sea paulatinamente, ya que el precepto constitucional sigue vigente en todos sus términos, por lo tanto, sólo resta la disposición de los jueces para dotarlo de efectividad”, considerando que a este propósito le viene bien el criterio de la Suprema Corte que sitúa a los tratados en un nivel *infraconstitucional*, pero por encima de las leyes federales²⁰.

Los jueces, ya nadie lo duda, mantienen estrechos vínculos con la ley. Su saber hacer tiene sentido si y sólo si se adhiere cabalmente al mandato legal, especialmente el constitucional. La realidad, como ya se expresó, nos demuestra que no son muchos los jueces que utilizan o se valen de lo dispuesto en los tratados internacionales, concretamente los de derechos humanos no obstante que existe una clara e insalvable obligación de hacerlo, más aún cuando frente a la norma de menor jerarquía existe un instrumento internacional vinculante que obliga a proceder de modo diverso. Este que parece para algunos un problema menor no lo es tanto, como se desprende de los comentarios hechos por Carmona Tinoco²¹ en el sentido siguiente:

1.- Los tratados internacionales, al ser promulgados por el Diario Oficial de la Federación después de haber sido aprobados por el senado y ratificados por el Ejecutivo Federal, pasan a formar parte del orden jurídico mexicano.

2.- De acuerdo con lo que dispone el artículo 133 constitucional, los mismos adquieren, junto con la Constitución y las leyes derivadas de ésta, el carácter de ley suprema de toda la Unión.

20 TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo X, noviembre de 1999. Tesis: P. LXXVII/99. Página 46. Tesis aislada.

21 *Op. cit.*, pág. 205.

3.- Las normas jurídicas que contienen los tratados internacionales una vez incorporadas al ordenamiento, son perfectamente aplicables y exigibles, como cualquier norma de la Constitución, leyes o reglamentos, federales o locales.

4.- Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, deben incluir como parte de la fundamentación y motivación de sus actos, el contenido de los tratados de derechos humanos, especialmente cuando se trata de actos que pudieran afectar tales derechos y no deben limitarse a la cita de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios. Sólo de esta manera se da plena eficacia a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Federal con relación a la exigencia de debida fundamentación de los actos de autoridad.

5.- En tal sentido, la inobservancia o contravención de cualquiera de las normas previstas en los tratados de derechos humanos origina la violación directa al artículo 133 constitucional, así como también al artículo 16 constitucional, de manera que es perfectamente procedente su reclamación a través del juicio de amparo.

6.- Un argumento adicional es el que se refiere al artículo 128 constitucional, en el que se plasma un deber para todo servidor público de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

10.- A Modo de Conclusión.

La dimensión que aquí denominamos *científica* del juzgador obliga al conocimiento y al proceder informado del mismo. Un juez que procede científicamente, no evade ni subestima las ventajas de sustentar del modo más sólido sus dictámenes o resoluciones pues sabe que en eso radica su fortaleza, y con ello la del Estado de Derecho (no olvidemos la perspectiva o rol de órgano de representación). Este juez convencido y sapiente de los contenidos y obligaciones derivadas del DIDH no pone en riesgo al Estado, pues

con su actuar responsable evita que, eventualmente, el Estado mexicano pudiera considerarse responsable de violaciones al DIDH, o lo que es lo mismo, a sus obligaciones como suscriptor o sujeto obligado de los instrumentos que integran este cuerpo legal internacional. Realmente, el juez local ideal remonta esa suerte de pernicioso “provincianismo” legal al sustentar sus determinaciones en el soporte del DIDH, cuando ello es imprescindible. Aunque, también podemos decir que como elemento intelectual y de bagaje argumentativo, a la hora de interpretar la legislación interna, los tratados o convenciones juegan un papel determinante: abren ventanas, universalizan las ideas, amplían las visiones²².

La relación de los jueces con los derechos humanos deriva, pues, de ese doble carácter que mencionamos líneas arriba. Representar un poder público desde la actividad jurisdiccional, sitúa al juez en un nivel de responsabilidad institucional destacado, más si se le considera como elemento estructural del Estado de Derecho. Su trabajo técnico, científico, no puede hacerse al margen de la implicación política que de origen le significa. Y, si su plataforma de actuación lo es la ley, este concepto no se agota ni mucho menos en la ley local, pues es puntual la disposición constitucional de estimar como ley suprema de toda la Unión no sólo la Constitución y las leyes de ella emanadas sino también los tratados, como precisa el artículo 133 constitucional. Un juez es el garante de la legalidad, de toda la legalidad. Luego, ignorar por las razones que sean los instrumentos internacionales de derechos humanos pone en riesgo la credibilidad del Estado mexicano que, soberanamente, suscribió y ratificó los acuerdos que recogen estos derechos.

22 Sobre el tema, Castañeda Otsu, Susana, “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución”, en *Derecho internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por Ricardo Méndez Silva, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, especialmente página 211 y siguientes.

El juez responsable no se auto-limita en el ejercicio del pensamiento, por el contrario, se muestra plenamente dispuesto al análisis exhaustivo de los asuntos que le son sometidos desde la más amplia perspectiva legal, buscando siempre garantizar, entre otros, los principios *pro homine* y de maximización de los derechos. Se impone una mayor apertura de los jueces hacia el derecho internacional de los derechos humanos. La capacitación permanente, el estudio de los tratados y el conocimiento de los criterios de interpretación de los mismos por las instancias internacionales son medidas convenientes y aconsejables. Al respecto, la oportunidad para retomar o fortalecer este camino viene de la mano de las recientes reformas constitucionales²³, las que establecen como ya todo mundo sabe un nuevo modelo de justicia penal; el tránsito del sistema procesal inquisitivo al denominado acusatorio y oral, exige de jueces y demás operadores del sistema de justicia penal una renovada actitud y, sobre todo, la adquisición de nuevas metodologías de actuación. Ni que decir que en la base de estas profundas reformas constitucionales se encuentra el cumplimiento de obligaciones contraídas por nuestro país al suscribir instrumentos de derechos humanos, que ya establecían directrices y derechos que, lamentablemente, no habían sido incorporados al derecho interno.

Por último, digamos que el protagonismo del juez de nuestros días se reconoce por el hecho de que asume, sin dubitaciones, el complejo rol que la democracia y el Estado de Derecho le imponen: constituirse en el garante del total orden jurídico, que en nuestro país se integra por la Constitución, las leyes y los Tratados. Luego, si los tratados de derechos humanos son ya parte del ordenamiento jurídico, concluyo que queda clara la inevitable vinculación entre éstos y los jueces.

23 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación del pasado 18 de Junio de 2008.

LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO COMO LÍMITE AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

SILVIO ANTONIO GRIJALVA SILVA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Alcance de la garantía del debido proceso. III. Extensión de las garantías a todas las etapas de la persecución penal. IV. Conclusiones.

I. Introducción

El artículo 7 de la Constitución Política establece que Nicaragua es una república democrática, participativa y representativa. Y el artículo 130 de la misma Constitución expresa que la nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede a quien la ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes. La idea del Estado Social Democrático de Derecho, está indisolublemente ligada a valores, principios, derechos y normas fundamentales que obligan a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad e

1 Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal e Investigador del Programa de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del INEJ (www.inej.edu.ni). Master en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Centroamericana (UCA), Managua. Especialista en Derecho Penal impartido por el CAJ/FIUSAID y la Universidad Jaime I de Castelló, España. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Americana (UAM). Co-autor del Proyecto de Código Penal de Nicaragua. Co-autor de la Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de Pena; Co-autor del Proyecto de ley de Código Procesal Penal Militar. Ex-Subdirector del Sistema Penitenciario de Nicaragua. Ex-juez local de lo Penal y Ex Secretario de la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de la ciudad de Managua.

igualdad del individuo sean una realidad, al mismo tiempo implica la necesidad de elaborar el Sistema de Justicia Penal desde la idea de la democracia, cuyo nervio lo constituyen los derechos fundamentales. Esta idea se encuentra asociada a un sistema de límites para impedir la formación de poderes absolutos, tanto públicos como privados, en garantía de los derechos fundamentales de todos. Cuando se produce la violación de algún derecho fundamental con la anuencia, acción u omisión de las autoridades, se producirá la ausencia o negación del Estado de Derecho.

Uno de los mecanismos destinados a proteger la Constitución y el Estado de Derecho en su conjunto, es el proceso. A través de él se procura proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, vigilar la constitucionalidad normativa, sancionar las conductas antisociales, impedir el ejercicio arbitrario del poder y solucionar o prevenir conflictos. Sin embargo, no es suficiente que el proceso exista y que este al alcance de todos, para asegurar la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución en su conjunto, ello implica además, que se cuente con ciertas garantías a fin de asegurar que el proceso no sea una farsa, que no sea una mera sucesión de actos formales, sin ninguna razonabilidad, sino un auténtico instrumento al servicio del ser humano para alcanzar la paz social en justicia.

Ese conjunto de garantías conforman lo que se conoce como debido proceso, íntimamente vinculado a la validez y legitimidad de un proceso judicial a fin de alcanzar la justicia a través del mismo. Se trata de un derecho de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de garantías esenciales con la función de impedir que la garantía de la libertad y los derechos de los individuos se violenten ante la ausencia o insuficiencia de un proceso. La función de estas garantías nos permite sostener que no puede haber Estado de Derecho, y por consiguiente, orden constitucional, cuando no existe un debido proceso.

En este sentido, definiremos la garantía del debido proceso como la garantía constitucional que protege a los particulares frente a la

acción del Estado y sus Instituciones, según la cual la modificación de sus derechos o modificaciones jurídicas deberá ser precedida por un procedimiento en el que se garantice una amplia oportunidad de defensa. El debido proceso implica que un individuo solo puede ser considerado culpable si las pruebas de su conducta ilícita han sido logradas a través de un proceso legal seguido por autoridades que no se extralimitaran en sus atribuciones. Todo lo anterior significa que el enjuiciamiento de una persona se hará respetando cierto límite más allá de los cuales el proceso no será válido, límites que coinciden con los de sus derechos fundamentales. Por tal motivo la Constitución Política de Nicaragua se configura a partir de dos valores fundamentales que sirven para orientar cualquier proceso jurisdiccional o administrativo: el primero se expresa en la consideración de la persona como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una democracia sustancial, en consecuencia es deber del Estado proteger las libertades de la persona sometida a proceso. El segundo valor, está referido a la limitación del poder público en la investigación, persecución y juzgamiento de una persona.

Hace tiempo esta garantía se consideraba exclusivamente de orden procesal, sin embargo hoy en día con la evolución de los derechos fundamentales, aparece como una garantía constitucional en casi todas las constituciones políticas de la región latinoamericana, pues el desarrollo de concepto del debido proceso está íntimamente ligado al respeto de las garantías individuales y formas que postula la misma ley suprema, por eso las reformas procesales que se han venido experimentando en la región, y particularmente en Nicaragua, se han orientado y adecuado a los valores constitucionales, y por eso se afirma que el Derecho procesal penal es una Ley reglamentaria de la Constitución, sin lugar a dudas el desarrollo de esta garantía constituye hoy en día el principal logro del Derecho procesal.

La Constitución Política de la República de Nicaragua regula estas garantías en sus artículos 33 y 34; en el plano internacional,

Nicaragua es signataria de Tratados y Convenios que protegen y tutela de los derechos y garantías fundamentales del ser humano, reconociéndolos expresamente en el artículo 46 Cn. En este orden de ideas la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia No 317 dictada el 17 de Julio del año dos mil nueve, determinó cuáles son las garantías que integran el debido proceso, entre las que destacó: al principio de legalidad, al derecho de Audiencia, derecho a la presunción de inocencia, a no ser obligado a declarar contra si mismo no contra su cónyuge o compañero en unión estable o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable, derecho a la dignidad humana, derecho a la defensa (material y técnica), a disponer de tiempo y de las condiciones precisas para preparar su defensa, a que los actos de las autoridades se lleven a cabo de forma racional y dentro de los límites de la más estricta racionalidad (Principio de Proporcionalidad), derecho a la única persecución (non bis in idem), cosa juzgada (eficacia formal de la sentencia), culpabilidad, fundamentación o motivación de las resoluciones o sentencia, eficacia material de la sentencia, igualdad, imparcialidad, in dubio pro reo, irretroactividad, iuria novit curia, justicia pronta y cumplida (celeridad procesal), ley más favorable, nulla poena sine iudicio, prejudicialidad, pro homini, pro libertatis, pro sentencia, libertad probatoria, licitud de la prueba, no reforma en perjuicio, reserva de la ley, seguridad jurídica, derecho a impugnar las resoluciones que le causen agravios (derecho al recurso o doble instancias), que el proceso se realice sobre la base de la acusación (en el proceso administrativo a partir de la notificación inicial), en forma oral (queda prohibido cualquier proceso o procedimiento jurisdiccional o administrativo escrito), publicidad del proceso (salvo en aquellos caso en que la ley restrinja), principio de contradicción y concentración, principio de inmediación de la prueba, principio de identidad física del juzgador, principio de congruencia(correlación entre acusación y sentencia), la intervención de un juez independiente e imparcial, instrucción del imputado en el menor tiempo posible de los motivos de la acusación, interrogar y hacer interrogar ante el juez a los testigos

de cargo y comparecencia y declaración de los descargo.” Estas garantías del debido proceso por su carácter general y sus fines, deben ser considerados *numerus apertus*, es decir que no solo deben considerarse como garantías del debido proceso las que de manera expresa señala la constitución y los instrumentos internacionales, si no que le corresponde a los Tribunales de Justicia la tarea de dotar de contenido y determinar sus alcance en cada caso concreto a la luz de los principios de la nación nicaragüense como son la libertad, la justicia y el respeto a la dignidad humana, principios que se encuentran consagrados en arto. 5 de la Constitución política. Esta línea de pensamiento es acorde a lo expresado por la Sala Constitucional, en la ya citada la Sentencia 317 cuando dice: “Estas garantías, principios procesales y derechos son *numerus apertus* (son dinámicos no estáticos), teniendo como parámetros a efecto de valoración jurídica la justicia y la dignidad humana, es decir, al ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado Social de Derecho basado en una democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del mismo.” Así pues al consagrarse de manera expresa estas garantías procesales a nivel constitucional, su aplicación debe ser directa y obligatoria de parte de todos los Tribunales de Justicia, derivándose de su aplicación las siguientes consecuencias practicas: a) La personas sometidas a proceso jurisdiccional o administrativo, tienen que ser enjuiciadas conforme a los derechos y garantías consagradas en la Constitución político, a las disposiciones del código procesal y a los tratados, convenios, y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua. 2) En cualquier proceso jurisdiccional o administrativo, la persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con resguardo de los derechos que de ella se derivan y en condiciones de igualdad.

La constitucionalización del proceso penal exige un cambio en la mentalidad eminente formalista de los que administran justicia, mentalidad que privilegia el excesivo ritualismo con preservación de las formas, como si esto produjese la solución del conflicto, sino que se debe actuar teniendo a la vista el contenido de estas garantías

por sobre cualquier formalismo, pues el derecho procesal no debe ser obstáculo para aplicar la justicia material en ningún caso, debido a que las normas procesales son instrumento y no objeto. El sistema de justicia penal no puede contentarse con solo obtener justicia formal, si no que debe tener por finalidad indispensable la búsqueda de la justicia material, es decir el respeto a las garantías del debido proceso, pues dichas garantías o principios buscan el respeto al principio general de justicia material. El abandono de estas garantías por el respeto a las formas procesales, usualmente trae como consecuencias el hallazgo de verdades formales, es decir la aplicación de la justicia formal o el imperio de la legalidad sin justicia material.

Por lo anterior se afirma que la tensión más grande que se puede encontrar en el proceso penal es la existente entre el respeto al rito o formas procesales, o el respeto a las garantías, debiendo prevalecer la supremacía de la Constitución Política que establece como principio de actuación las garantías del debido proceso por encima de las formas procesales, correspondiéndole en todo caso al Poder Judicial proteger y tutelar estos derechos fundamentales.

II. Alcance de la garantía del debido proceso.

La garantía del debido proceso no debe interpretarse como de exclusiva aplicación del proceso penal, pues es un concepto general que se refiere a todo el ordenamiento jurídico, es decir que genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, sea éste un proceso público o privado. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional en Sentencia 317 dictada 16 de junio del año dos mil nueve, a las doce y cuarenta y cinco minutos de la mañana, afirmando lo siguiente:” Así el debido proceso puede ser concebido como un sistema o medio, para garantizar la justicia, la equidad. Estos principios han llevado a esta Sala a mantener en sus sentencias que el principio del debido proceso rige tanto para los procedimientos jurisdiccionales como para los administrativos.”

Lo anterior implica que las violaciones a las garantías del debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales, pues la ley procesal debe tener garantizada eficacia material y formal, por lo que desde este punto de vista, toda violación al debido proceso debe entenderse conminada con nulidad absoluta por implicar violación constitucional. No obstante, debe tenerse presente que no es suficiente que se haya quebrantado la garantía del debido proceso para que proceda a declararse la nulidad del juicio y la sentencia, si no que es necesario que el vicio haya tenido un carácter decisivo en la resolución dictada.

III. Extensión de las garantías a todas las etapas de la persecución penal.

Las garantías del debido proceso deben desplegar su ámbito de protección de los derechos fundamentales en las etapas previas a la intervención judicial, llámase fase de investigación, la que se encuentra primordialmente a cargo de la Policía Nacional, quien tiene como función realizar las investigaciones necesarias en coordinación con el Ministerio Público, para el descubrimiento y comprobación de hechos presuntamente delictivo. Es este orden, el derogado Código de instrucción criminal dividía el proceso penal en dos fases: investigación y enjuiciamiento. Tradicionalmente la fase investigativa era excluida del concepto de proceso, y por eso se justificaba o admitía que en ella se dejaran de aplicar tales garantías. Para este modelo procesal de carácter inquisitivo, bastaba que las garantías procesales se reconocieran en la segunda fase, es decir en la del enjuiciamiento para dar por satisfechas las exigencias de obtener una verdad de calidad. El resultado de lo anterior fue que el juicio se convirtió en una mera formalidad, pues una vez recogidas todas las pruebas se le concedía audiencia a las partes para que, si lo tenían a bien pronunciaran sus conclusiones, sin embargo estas conclusiones no eran indispensable para que el juez resolviera, pues este resolvía aunque tales conclusiones no se presentaran. Es decir el juicio era una mera confirmación de los resultados de la investigación, con la agravante que en esta fase no

se permitía subsanar retroactivamente la falta de aplicación de las garantías en la fase de investigación. Actualmente en Nicaragua se a pesar que el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal esta sometido al principio acusatorio (para el Supremo Federal norteamericano, caso *In re Marchison*, expreso: “que la exigencia básica de un proceso debido es un juicio limpio ante un Tribunal limpio y que para que ese juego limpio se dé se requiere objetivamente las siguientes condiciones: Efectividad de la garantías procesales en todas las fases del proceso, igualdad entre las partes y juez imparcial), la situación sigue siendo similar, pues algunos sectores conservadores a la reforma procesal penal, siguen discutiendo cual es el inicio del proceso , pues tradicionalmente se ha considerado que a partir de ese momento deben reconocerse las garantías del debido proceso. Al estar vigente el tema y la discusión sobre cuando se inicia el proceso, tambien continua la practica institucional de realizarse la fase de investigación del nuevo modelo acusatorio en forma inquisitiva, (no la consideran parte del proceso) es decir, sin el pleno respeto y absoluto de las garantías procesales y fundamentalmente la de defensa, circunstancia que es fácilmente comprobable, al verificarse que el investigador oficial (Policía o Ministerio Público) tiene una posición preeminente sobre las demás partes, al preparar la acusación de manera unilateral (sin intervención de defensa) de la que el acusado sólo tendrá conocimiento y posibilidad de defenderse una vez presentada ante el juez competente. De lo expuesto, se desprende que no se ha abandonado la mentalidad inquisitiva, de considerar que el objeto de la investigación es un sujeto sin derechos, lo que significa que el sujeto queda absolutamente sometido al interés estatal publico y por ende sus derechos carecen de relevancia frente a las necesidades de la investigación, razón por la cual la investigación muchas veces se sigue practicando a espaldas del imputado, el derecho de defensa en esta fase no tiene importancia, pues se sigue pensando que la intervención de la defensa obstaculizaría el éxito de la investigación, lo cual no es cierto, por el contrario, tanto la autoridad policial como la fiscalía deben ser las mas interesadas en la participación del defensor en la etapa investigativa, a fin de que velen por la

legalidad de la actuación policial durante la etapa de investigación, pues así se contribuiría a la legitimidad de la misma, cuando esta puede ser cuestionada por la falta de intervención de la defensa técnica. En este orden de ideas la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha realizado un aporte significativo a esta discusión y ha dejado claro de una vez por toda, que cuando la Constitución Política dispone en su Arto. 34.4 que el procesado tiene derecho a intervenir en el proceso desde su inicio, debe entenderse, que el concepto de proceso no debe interpretarse en “sentido restringido como actividad Jurisdiccional, si no como sinónimo de procedimiento o de persecución penal, por lo que el precepto rige también para la investigación preliminar o previa al proceso en sentido estricto. (Ver sentencia No 20, dictada a las nueve y treinta minutos de la mañana del día cuatro de Febrero del años dos mil nueve) .En definitiva, la Sala Penal por unanimidad de todos sus miembros ha determinado que existe proceso desde la primera y provisional imputación formulada por la Policía Nacional o Ministerio Público, cuando proceda a detenerse a una persona como posible autor de un hecho delictivo, o simplemente cuando se le señale como tal. Así las cosas, cabe advertir, que el reconocimiento de las garantías del imputado en fase de investigación, parte del valor constitucional del respeto a la dignidad humana de la persona, valor que debe orientar a las finalidades del proceso penal, siendo una de sus finalidades la protección de las personas investigadas o acusadas. En este mismo sentido el profesor Manuel Jaén Vallejos, afirma que: “siendo el proceso un instrumento del Estado Social de derecho en la que la base es la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido Proceso, la función del proceso penal, aparte naturalmente de que tenga por objeto la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del sujeto, es la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme.” Así pues, la protección del imputado o acusado debe desarrollarse en dos ámbitos esenciales: En primer lugar el imputado debe proteger sus libertades frente a intervenciones investigativas y medidas coercitivas durante el

proceso. En segundo lugar la libertad del imputado debe protegerse frente a una condena injusta, es decir contra decisiones arbitrarias que afectan las libertades a través de la pena, esto implica que el imputado tiene el derecho de defender sus libertades desde el primer acto de persecución en su contra, es decir desde la etapa de investigación. Así pues tanto a los miembros de la Policía Nacional como a los funcionarios de Ministerio Público, que intervengan en los actos de investigación deberán respetar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Nicaragua y los establecidos en el Código Procesal Penal. (Artos. 88 y 112. Código Procesal Penal de Nicaragua.) Como consecuencia de lo anterior es deber de las autoridades antes señaladas (arto.233 Código Procesal Penal.) darle a conocer al imputados de forma inmediata y comprensible cuales son sus derechos como imputado y especialmente los siguientes: conocer las causas de su detención, derecho a no ser obligado a declarar contra si mismos, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable..... ser asesorado por un defensor de su elección etc. Esta obligatoriedad impuesta a la Policía Nacional y al Ministerio Público, viene a ser complementada por el Arto. 95 del Código Procesal Penal donde se le reconocen al imputado una serie de garantías que obligatoriamente deben garantizarle y ser puesto en conocimiento de su titular, desde el primer momento en que adquiera la condición de imputado, es decir, desde que sea señalado como presunto autor o participe de un hecho delictivo. Así mismo el arto. 101 del Código Procesal Penal al prescribir que la defensa desde el momento de su designación, tiene el derecho de intervenir en todas las diligencias en que se procure la prueba, esta legitimado para intervenir activamente en todas las fases del proceso, incluyendo la fase de investigación, pues en ella se producirán elementos probatorios definitivos e irreproducibles, que influirán de manera decisiva en las otras fases del proceso. En defensa de la garantía de defensa el arto 160 del Código Procesal Penal, en combinación con el arto. 163 de la misma normativa (Defectos absolutos), prevé que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados

como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de derechos y garantías que causan indefensión, así como la falta de intervención, asistencia y representación del acusado en los casos y forma que la ley establece. La consecuencia de la infracción que posibilita la participación del imputado o acusado en todas las fases del proceso, sería, entonces, la inutilización de todo el acto producido con violación a estas garantías.

En la misma línea de pensamiento que hemos desarrollado en los párrafos precedentes, es importante reconocer el aporte significativo que han producido tanto la Sala de lo Constitucional (sentencia No 317) como la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia No 20) y la Sala de lo Contencioso Administrativo (ver sentencia No 1 dictada a las diez de la mañana del veintiocho de Agosto del dos mil nueve) en estas tres sentencias se definen los alcances de los derechos y garantías del imputado o acusado dentro de un proceso, sea este jurisdiccional o administrativo, confirmando una serie de facultades a favor de la persona sometida a persecución penal o administrativa que vienen a establecer un equilibrio jurídico entre el imputado y el Estado en su labor de investigar delitos, razón por la cual se determina con claridad meridiana que las garantías procesales configuradas a favor del imputado o acusado tienen efectiva vigencia desde el primer acto de persecución que se dirige en contra de una persona y que dichas garantías rigen para cualquier tipo de proceso. Este importante precedente nos permite apreciar una relevante contribución en la lucha por que prevalezcan en un Estado de derecho, los derechos y garantías de las personas frente al poder punitivo del Estado. Así mismo con estas resoluciones debe superarse la concepción inquisitiva de negar las garantías del debido proceso en procedimientos administrativos y en la fase de investigación en los procesos penales. Por las razones antes señaladas y por lo importancia de tales resoluciones para nuestra comunidad jurídica, transcribiré las partes más importante del considerando II de la Sentencia No 20, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que desarrolla de manera magistral los puntos tratados anteriormente: “**Al respecto**

esta Sala considera oportuno y necesario pronunciarse sobre si en la fase de investigación tiene efectiva vigencia las garantías procesales configuradas a favor del imputado o acusado. Formalmente de conformidad al artículo 254 el proceso pena inicia con reo detenido en audiencia preliminar y sin reo detenido en la audiencia inicial. La Sala considera que aunque el artículo en mención de manera expresa señalada que el proceso penal inicia con la primera audiencia que se realiza, es preciso que la vigencia de las garantías procesales y particularmente el derecho de la defensa están reconocidos en la norma procesal desde la etapa de investigación, en ese sentido tenemos los siguientes Preceptos del CPP: Artículo 4 “Todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material o técnica”. Artículo 95 el “imputado o acusado tendrá derecho a inciso 1: Presentarse espontáneamente en cualquier momento ante la Policía Nacional, el Ministerio Público o el Juez, acompañado de su defensor para que lo escuche sobre los hechos que se le imputan. 3: Comunicarse con un familiar o abogado de su elección o asociación de asesoría jurídica, para informar sobre su detención dentro de las tres primeras horas. Inciso 10: ser asesorado por un defensor, que designe él o sus parientes, o si lo quiere, por un defensor público o de oficio, según corresponda conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial y el presente código. Artículo 103 A partir del momento de su detención toda persona tiene derecho a que se le brinden todas las facilidades para la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor... Los defensores tendrán desde el momento de su designación, el derecho de intervenir en todas las diligencias en la que se procure la prueba. De estas normas procesales citadas se desprende que las garantías procesales entran en vigencia a favor de las personas cuando este adquiere la condición de imputado, la cual se obtiene cuando se realiza el primer acto de persecución en su contra. Por otro lado, el concepto de proceso no debe interpretarse en sentido restringido como actividad jurisdiccional, sino como un sinónimo de procedimiento o de

persecución penal, por lo que el precepto rige también para la investigación preliminar o previa al proceso en sentido estricto. En consecuencia a lo anteriormente señalado los actos de investigación no pueden quedar fuera del concepto de proceso, pues los mismos son parte material de este. La investigación está constituida por una serie de de actos que formalmente no forman parte del proceso, pero que materialmente sirven para determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de elementos de prueba que permiten fundar el ejercicio de la acción penal y la defensa del acusado, siendo esto el cierre formal de la fase preliminar del proceso. Por esta razón es que los actos de investigación ya no son simples actos administrativos, si no que por su naturaleza son considerados verdaderos actos procesales, por cuanto la procesalidad de un acto no depende tanto de que se produzca en el proceso ni por quien sea realizado si no por la finalidad o incidencia que el acto tendrá en el proceso. En el mismo sentido se pronuncia uno de los coautores del CPP. , Juan Luis Gómez Colomer en el libro *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense* página 438 en la que señala: "Se trata de una subfase totalmente necesaria en la que se investiga el hecho criminal y a su posible autor, además de practicar una serie de actos procesales que tienden a conformar el buen fin que el ciudadano espera, de su proceso penal, y que si bien cae fuera del proceso penal formalmente considerado, se le atrae a él por servir de fundamento a la acusación, o al contrario para el sobreseimiento:"En síntesis los actos de investigación son parte material del proceso penal aunque este formalmente no exista todavía, pues aunque el Ministerio Público y la Policía Nacional no sean órganos jurisdiccionales realizan una actividad típicamente procesal con el fin de dar un sustento a la actividad requirente que se plantea frente al órgano jurisdiccional, además que estos órganos en su actividad de persecución penal afecta derechos fundamentales de las personas, lo cual permite la intervención del juez de garantías a efectos de autorización o convalidar actos en la investigación en esta fase. Esta intervención del juez precisamente se debe

particularmente para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los imputados y a una labor de control y vigilancia de la legalidad y objetividad sobre la actividad de la policía y el fiscal durante la investigación, con el fin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad. En este orden de ideas, la Sala estima que debe abandonarse de una vez la idea que la fase de investigación queda fuera del concepto de proceso penal a fin de seguir justificando o admitiendo que en esta etapa se minimizan las garantías procesales del imputado, así mismo no se debe seguir teniendo una visión limitada e inquisitiva de la reforma procesal penal al seguir creyendo que lo más novedoso y trascendental de la reforma es la fase del juicio oral y público como la etapa central del nuevo sistema procesal penal y que las garantías procesales alcanzan su mayor preponderancia en esta etapa. Este paradigma está lejos de constituir el único cambio estructural importante de la reforma procesal penal, pues el diseño y la lógica de la nueva fase de investigación representa también un cambio radical a la lógica inquisitiva con que estaba diseñada anteriormente, la que se caracterizaba por ser una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada que atentaba contra la eficacia de la investigación, donde se buscaba la prueba de la condena más que los elementos necesarios para decidir el si el asunto se llevaba a juicio. Las modificaciones realizadas a esta etapa fundamentalmente buscan darle una mayor racionalidad en términos de favorecer métodos más eficientes en la investigación de los delitos y a la vez se busca de garantizar de la mejor forma de los derechos garantías procesales del imputado, pues el procedimiento inquisitivo en todas sus etapas era ineficaz para proteger mínimamente los derechos de los imputados. Esta Sala estima que si las garantías del imputado tienen algún sentido estas deben cubrir todo el curso de las actuaciones en las que sus derechos pueden verse afectados. Y con mayor motivo durante la investigación en que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan con mayor intensidad y menos transparencia en esta etapa. Sobre esta

misma línea de pensamientos se pronuncia el tratadista Argentino Alberto M. Binder en el libro de *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Pág. 152 al afirmar: “las garantías procesales y particularmente la de la defensa están relacionadas con la existencia de una imputación (en sentido técnico es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor o participe de una acción delictiva). Y no con el grado de formalización de la imputación. Al contrario, cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa, por lo tanto el derecho de la defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea. Esto incluye en la etapa de investigación policial, vedar durante esta etapa el ejercicio del derecho de la defensa es claramente inconstitucional”. Cabe señalar que lo antes expuesto por esta Sala y por el profesor Binder, es coincidente y armónico con los necesarios principios y garantías básicas del debido proceso. Sostener lo contrario, implicaría una flexibilización de las garantías procesales, en pro del eficientismo estatal en la investigación policial, lo que sería contrario al sistema democrático de derecho, en el que se enmarca la reforma procesal penal. Pues efectivamente en un Estado Social de Derecho como el que reconoce nuestra norma primaria (Arto. 130 Cn.), el proceso es un instrumento del Estado que sirve de protección jurídica para las personas objetos de persecución penal, por tal motivo el cumplimiento de las garantías procesales se constituyen en verdaderos presupuestos legitimadores del proceso penal y en control del ejercicio del poder punitivo del Estado.

En otro orden de ideas, también la Sala Penal ha definido en la Sentencia No 20 del cuatro de febrero del año dos mil nueve, que el proceso se inicia con el primer acto de investigación que se dirige contra una persona y finaliza con la extinción de la responsabilidad penal de la persona, lo que significa que la ejecución penal debe

ser considerada como fase del proceso, pues antes de la reforma procesal penal, dicha fase no era tenida como parte del proceso, ya que dicha fase se consideraba como una actividad administrativa a cargo del Sistema Penitenciario Nacional (institución perteneciente al Poder Ejecutivo), por lo que se daba una ruptura total con las etapas anteriores del proceso, de tal forma que el juez dictaba sentencia, olvidándose de las consecuencias prácticas de las mismas. La reforma procesal penal, ha corregido esta situación, al judicializar la fase de ejecución penal, creando los Juzgados de Ejecución y Vigilancia penitenciaria, adscritos al Poder Judicial, órgano que por imperativo Constitucional tiene la Facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado (Arto. 159. Cn) en consecuencia los jueces de ejecución y vigilancia penitenciaria tienen funciones de vigilancia y control en la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. No obstante lo anterior a como lo afirma Alberto Binder **“judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria.** Con lo afirmado por el profesor Binder, esta claro que la fase de ejecución no solo esta judicializada, en el sentido del control que deben ejercer los órganos jurisdiccionales, sino que además deben hacerse valer en el proceso de ejecución la aplicabilidad total de las garantías del debido proceso.

IV. Conclusiones

Podemos afirmar que de acuerdo a la Constitución, los derechos fundamentales están a la cabeza de nuestro sistema jurídico, y que dejaron de ser meros postulados dirigidos al legislador para la formulación de las leyes para convertirse en formas de efectivo cumplimiento, por tal motivo el reconocimiento expreso del debido proceso a nivel constitucional y leyes procesales, no debe

convertirse en un simple ejercicio teórico, pues su observancia y práctica constituye un pilar fundamental que sustenta la existencia de un Estado Social de Derecho, no tendría sentido discutir sobre el contenido de una serie de garantías que conforman el debido proceso, sino las mismas no se hacen valer de manera efectiva y real en juicio.

Por eso creemos que uno de los objetivos centrales que persigue la reforma procesal penal es lograr la vigencia efectiva de estas garantías constitucionales, dicha reforma cumpliría su finalidad si consigue que los administradores de justicia desarrollen los procesos penales observando de manera irrestricta las garantías del debido proceso, pues toda actividad represiva del Estado, tiene como límite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política.

La garantía del debido proceso no constituye un obstáculo para la correcta aplicación de la Ley penal, por el contrario, establece los principios para prevenir las posibles arbitrariedades que se pudiesen presentar, y no como piensa un sector de la población que el sistema penal será más eficiente cuanto más duro, represivo e inquisidor sea, y cuanto menos derechos y garantías se reconozcan al acusado.

Nuestro gran desafío se encuentra determinado por la necesidad imperiosa de crear y promover una nueva cultura de respeto a las garantías fundamentales de debido proceso, pues aunque estas garantías y derechos estén reconocidos en la Constitución Política y leyes procesales, no tienen la virtud, por sí solas, de cambiar la mentalidad actualmente existente, por tal motivo debe impulsarse todo un proceso de cambio en la mentalidad inquisitiva de la sociedad en general y en particular de los operadores de la justicia. No podemos continuar pasando inadvertida la actitud contraria a la Constitución Política de ciertos operadores de la justicia penal, que administran justicia con criterios eminentemente inquisitivos en detrimento de las garantías procesales que afecta los derechos

fundamentales de los nicaragüenses. La Constitución Política nicaragüense gira en torno a principios democrático y sus derivados, razón por la cual la aplicación de los Principios y los derechos humanos son de inexcusable aplicación, porque tienen como finalidad hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de conflictos y no un mecanismo de marginación y estigmatización de ciudadanos.

LA CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA CIVIL: CASO DE REPÚBLICA DOMINICANA

JOSÉ E. HERNÁNDEZ MACHADO¹

La idea de la función jurisdiccional que se inicia después de la revolución francesa, tiene su fundamento en la rigurosa desconexión que debía primar entre el creador de las normas, que lo es el legislador, y la aplicación y ejecución de las mismas, a cargo de la administración y de los tribunales judiciales. Esta separación orgánica se lograba, otorgando a los jueces la función jurisdiccional, cuyas atribuciones las ejercían mediante el principio de independencia, para juzgar con apego a la ley, exclusivamente. Este sistema se justificaba en aquella época, por el temor de los revolucionarios franceses al abuso que cometieron los jueces, denominados verdaderos “parlamentos”, durante el “Ancien Regime”, lo que requería la necesidad inmediata de que dentro de los poderes públicos recién instalados se estableciera una clara separación entre los estamentos políticos del Estado, creador de las normas, y el aparato de ejecución y aplicación de ellas, constituido por la administración y la judicatura.

Sin embargo, aunque los principios básicos de ese sistema siguen vigentes hoy por hoy, dos circunstancias contribuyeron a desintegrar la ficción que impedía a los jueces crear derecho, al tenor de la función judicial instituida por la revolución francesa. En primer

1 Juez de la Cámara Civil de la Suprema Corte de República Dominicana

lugar, por el hecho de que las reglas legales se convirtieran en objeto de juicio, en el control concentrado de constitucionalidad, arrastrando a los jueces a ser legisladores no sólo negativos, como dijo Kelsen, sino también positivos. Y, por otro lado, a la necesidad de que la aplicación del Derecho por los tribunales fuera uniforme, lo que ha conducido a que las reglas elaboradas por los tribunales supremos, mediante la creación de jurisprudencia, hayan adquirido un valor normativo indudable, aunque no lleguen en muchos países al extremo de ser plenamente vinculantes.

No obstante, como es bien sabido, la República Dominicana tiene un sistema mixto de control de la constitucionalidad, en el que coexisten el control difuso y el concentrado. La conveniencia de éste “mestizaje de la garantía jurisdiccional de la Constitución”, como expresa el jurista Eduardo Jorge Prats, es que el juez ordinario puede no aplicar en los casos particulares las normas que considere inconstitucionales, lo que indudablemente beneficia la constitucionalización de todas las normas del Derecho bajo control judicial y, por otra parte, los efectos “erga omnes” de las sentencias provenientes del control concentrado permiten eliminar del estamento legal aquellas normas que resulten ilegítimas. Los efectos generales de las decisiones sobre ilegitimidad constitucional, son particularmente efectivas, por cuanto en nuestro país la Suprema Corte de Justicia ejerce tanto el control difuso por la vía casacional, como el concentrado por la vía directa como tribunal constitucional, y así, en sentido general, sus decisiones comportan la fuerza vinculante que tienen los precedentes adoptados por toda jurisdicción superior.

Entorno a la secuencia y asiduidad histórica con que nuestra Suprema Corte de Justicia ha incursionado en la materia constitucional, en sentido general, cabe mencionar aquí el señalamiento que al respecto nos hace el jurista Rafael Luciano Pichardo, en cuanto a que “haciendo abstracción de la frecuencia con que el elevado tribunal ha hecho uso, desde los orígenes de la República, del denominado control difuso, el control concentrado, en cambio, ha

regido sólo en dos ocasiones: 1924 por un corto período (3 años), y desde 1994 hasta nuestros días. En esas dos etapas, aunque no de manera sostenida, es innegable el avance experimentado por la justicia constitucional, sobre todo en el período, aún abierto, que se inicia con la última revisión a nuestra Ley Sustantiva en el año 1994, durante el cual se ha emitido el mayor número de decisiones de constitucionalidad sobre disposiciones y actos de los poderes públicos y otros órganos del Estado”.

Respecto a constitucionalizar en forma objetiva el Derecho, es preciso convenir con el especialista en materia constitucional Eduardo Jorge Prats, en que “una efectiva constitucionalización requiere que la cultura jurídica de la comunidad interpretativa conformada por los poderes públicos (ejecutivo, legisladores y jueces), así como los juristas, abogados, profesores de Derecho, litigantes, academias y medios de comunicación, comulge con la idea de que todas las normas constitucionales, sean reglas o principios, de carácter programático o no, son normas jurídicas vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos. Si se asume que los derechos fundamentales son simples principios, que los principios no son susceptibles de aplicación directa e inmediata, que los derechos sociales son meras normas programáticas y que las normas programáticas tampoco son susceptibles de aplicación inmediata hasta que los programas económicos y sociales no sean realizados por el legislador, entonces se carece de un elemento esencial para la constitucionalización del Derecho”.

Por eso, yo pienso que la aplicación directa de las reglas constitucionales constituye un elemento vital para la constitucionalización del Derecho privado. En el control difuso de la constitucionalidad, como acontece en el caso dominicano, las normas de la Constitución producen efectos directos y todo juez debe aplicarlas con motivo de una litis que deba dirimir, sobre todo al tenor de las orientaciones emanadas de la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que cualquier tribunal, en presencia de un acto o precepto inconstitucional, “puede y debe pronunciar su

nulidad aunque no lo hayan promovido las partes envueltas en el caso, esto es, de oficio, sin el cumplimiento de ninguna formalidad, de cualquier naturaleza que sea. Al proceder de ese modo”, dice la Suprema Corte, “los jueces no están invadiendo atribuciones de otros organismos, ni violando los principios fundamentales de la separación de los poderes, sino dando cabal cumplimiento a las facultades que se le otorgan para examinar y ponderar no sólo la regularidad de las leyes, sino también sus alcances y propósitos” (sentencia del 15 de marzo de 1969, B. J. núm. 670).

El profesor italiano Riccardo Guastini expresa en esa dirección que “la idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta”.

La Suprema Corte de Justicia dominicana ha proclamado que “una norma o acto, público o privado, sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado dentro de los principios constitucionales” (Resolución núm. 1920/2003 del 13 de noviembre del año 2003) y que, dice la Suprema, la acción de amparo está dirigida a “la protección judicial de los derechos fundamentales... contra los actos violatorios de esos derechos, cometidos por personas que actúan o no en el ejercicio de sus funciones oficiales o por particulares” (sentencia del 24 de febrero de 1999).

En ese orden de ideas, es de aceptación generalizada que una de las materias que ha tenido mayor incidencia en la constitucionalización es el Derecho privado. Así, la constitucionalización de ese Derecho se ha incrementado no sólo mediante el aniquilamiento de las normas inconstitucionales del sistema, sino también por la integración y consolidación constitucional de sus normas, como ha acontecido con el juez dominicano, cuyo ordenamiento le permite, frente a la posibilidad de dos interpretaciones de una norma, una

que colide con la Constitución y otra conforme con ésta, optar por la segunda, por lo que se genera no solo la concordancia de las normas con la Constitución, sino que la ley fundamental enriquece las normas del sistema susceptibles de interpretación.

El consagrado jurista Rafael Luciano Pichardo nos enseña que “la misión preservadora de la Constitución que corresponde al juez constitucional, aún en caso de imprevisión, le obliga más que al juez ordinario, a pesar de que éste está advertido por el artículo 4 del Código Civil de que no puede rehusar juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, a llenar la laguna cuando el texto supremo la evidencia, pues los preceptos constitucionales deben ser interpretados no solo por lo que ostensiblemente indican, sino también por lo que resulta implícito en ellos”.

En la República Dominicana, prevalecen hoy por hoy, en materia de aplicación o de interpretación jurisdiccional de las normas constitucionales, las orientaciones generales siguientes:

1) El principio de la supremacía de la Constitución rige todo el estamento jurídico y legal de la nación y, por ello, constituye un ordenamiento superior a cualquier ley adjetiva que le sea contraria, incluso respecto de cualquier tratado internacional debidamente aprobado por el Congreso Nacional, que en ese caso tiene la autoridad de una ley interna. Este criterio lo avala el Art. 46 de nuestra Carta Magna, cuyo texto expresa que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”;

A este propósito la Suprema Corte de Justicia dominicana declaró, mediante sentencia del 20 de enero de 1961, si bien en virtud del control difuso de la constitucionalidad, pero a mi juicio con implicaciones prácticas de carácter general, como ha sucedido desde entonces en la cotidianidad jurisdiccional de nuestros tribunales ordinarios, que “*si bien es cierto que el matrimonio celebrado de acuerdo con las normas del Derecho Canónico*

produce efectos civiles, de conformidad con el artículo XV del Concordato, y si también es cierto que las causas de nulidad del matrimonio canónico deben ser conocidas por los tribunales eclesiásticos, al tenor del artículo XVI, no es menos cierto que la nulidad de ese matrimonio, en su aspecto civil, solamente debe ser juzgada por los tribunales civiles, en razón de que el poder jurisdiccional del Estado es indelegable, según se desprende de los artículos 2 y 62 de la Constitución; por consiguiente, las disposiciones del artículo XVI del Concordato y las del inciso 4 del artículo 3 de la Ley 3931, de 1954, son inaplicables, en cuanto atribuyen competencia exclusiva a un tribunal extranjero y hacen obligatoria la jurisdicción de ese tribunal para estatuir sobre las causas de nulidad del aspecto puramente civil de un matrimonio, por ser contrarias dichas disposiciones a la letra y al espíritu de los citados artículos 2 y 62 de la Constitución; la circunstancia de que, a partir del año 1955, la Constitución exprese en su artículo 11 que las relaciones de la iglesia y el estado se rigen por el Concordato, no significa que el texto de éste forma parte de la Constitución; que dicho Concordato es un tratado internacional celebrado entre la República Dominicana y la Santa Sede, que debe interpretarse con sujeción a los supremos principios, escritos y no escritos, que sirven de base a nuestra Constitución política, y ninguna estipulación de ese instrumento internacional que se aparte de esos principios puede ser aplicada por nuestros tribunales”;

2) Conforme al concepto de la eficacia y racionalidad de la Constitución, su interpretación debe estar dirigida a procurar la efectividad de la norma constitucional, según la cual la alternativa adoptada debe producir siempre algún efecto jurídico;

3) La interpretación debe tener en cuenta el sistema político consagrado en la Constitución, de tal manera que el mismo no sea nunca vulnerado. En el caso de la República Dominicana, la interpretación no debe desconocer el concepto de que nuestra Constitución consagra que “el gobierno de la Nación es

esencialmente civil, republicano, democrático y representativo” (Artículo 4);

4) La interpretación debe tener presente las consecuencias sociales que pueda traer consigo la decisión adoptada, y no olvidar en ese orden el bien común y el interés general;

5) La interpretación requiere una motivación suficiente y pertinente en la sentencia que intervenga, en forma razonable;

6) La interpretación debe desarrollar un razonamiento jurídico lógico, tomando como base la finalidad objetiva de la norma y la solución más justa dentro del ordenamiento incurso en la misma;

7) El criterio protector de la Constitución, según el cual el juez constitucional tiene la obligación de interpretar el sentido de la norma objetada que más se ajuste a la Constitución, si es que lo hubiere;

8) La regla de la presunción de validez y constitucionalidad de las normas sujetas al control de constitucionalidad, proporciona fundamento, al decir del profesor argentino Germán Bidart Campos, a la utilidad de guardar prudencia en materia de ese control, por lo que la inconstitucionalidad solo debe declararse cuando resulta imposible hacer compatible una norma o un acto con las normativas de la Constitución”.-

Las sentencias constitucionales emanadas de la Suprema Corte de Justicia, como consecuencia del poder concentrado de la constitucionalidad de las normas adjetivas, en ocasión de la acción directa ejercida al tenor de las disposiciones del artículo 67 –numeral 1- de la Constitución de la República, están sometidas a los mismos requisitos formales que las demás decisiones de las jurisdicciones ordinarias, incluidas las que intervienen en otros procesos constitucionales y las que se dictan con motivo del control difuso de constitucionalidad en casos particulares. Sin embargo, las sentencias de la Suprema Corte Justicia, en materia

constitucional por acción directa, difieren de aquellas porque en este caso no se trata de aplicación de una ley a un asunto concreto, sino el enjuiciamiento de la ley misma, tomada ésta en su sentido lato, o sea, una norma general y obligatoria emanada de un poder o autoridad pública, con la finalidad esencial de comprobar si el cánón en entredicho contraviene o no la Constitución y si, por lo tanto, debe ser o no eliminada del sistema jurídico.

El apoderamiento de la Suprema Corte de Justicia por instancia de quienes están autorizados por el artículo 67, inciso 1ro., de nuestra Carta Fundamental, facultad que es ejercida por ellos para que esa Corte “juzgue si la ley, decreto, resolución o acto sometido a su escrutinio es contrario o no a la Constitución, sin que estén obligados a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieren resultar eventualmente afectadas, puesto que al conocer la Corte del asunto, lo hace sin contradicción y, por tanto, sin debate, a la vista sólo de la instancia que la apodera y del dictámen u oposición, si se produjera, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no impide que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, sometan por escrito dirigido a la Suprema Corte de Justicia sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado, ni ninguna otra persona, sino contra una disposición legal argüida de inconstitucionalidad y que esas actuaciones que no incluyen citaciones, constituye el procedimiento que se observa en esta materia, el cual fue instituido por sentencia del 1ro. de septiembre de 1995, de esta Suprema Corte de Justicia” (sentencia del mismo tribunal fechada a 29 de noviembre del año 2000);

Dentro de los parámetros expuestos precedentemente, tanto en cuanto a los principios u orientaciones de aplicación o interpretación de los preceptos constitucionales, como respecto de la normativa que rige la emisión de los fallos correspondientes, nuestra Suprema Corte de Justicia, en el ejercicio del control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las normas de derecho

civil o privado, ha dictado una serie de sentencias que constituyen prueba elocuente de la constitucionalización que ha experimentado el derecho privado en nuestro país, de las cuales he seleccionado sólo algunas, a mi juicio las más interesantes, a saber:

1) Sentencia de fecha 25 de agosto del año 1999;

En ocasión de una acción en inconstitucionalidad del proceso abreviado de embargo inmobiliario, previsto en la Ley 6186, sobre Fomento Agrícola, la Suprema Corte de Justicia dijo que: *“que nuestra Constitución además de consagrar de manera tradicional los derechos civiles y políticos del individuo, ha incorporado posteriormente en su texto, como garantía fundamental del ciudadano, los derechos sociales y económicos con el fin de desarrollar la existencia de una situación de bienestar y de vida mejor en favor de todos los dominicanos en los aspectos agrícola, industrial, vivienda y construcción de edificios para hoteles, centros comerciales y otros usos; que en ese orden ha declarado en su artículo 8, numeral 15, letra b), de alto interés social el establecimiento de cada hogar dominicano en terrenos o mejoras propias, y que con esa finalidad el Estado Dominicano estimulará el desarrollo del crédito público en condiciones socialmente ventajosas, destinado a hacer posible que todos los dominicanos posean una vivienda cómoda e higiénica; que para lograr una ejecución efectiva de estos derechos constitucionales de carácter social y económico se han venido promulgando leyes relativas al cumplimiento de esos objetivos, como resultan ser las Leyes Nos. 171 sobre Bancos Hipotecarios de la Construcción y 6186 sobre Fomento Agrícola...”*, que de prosperar las pretensiones de la presente acción en inconstitucionalidad se produciría una inevitable reducción del crédito necesario para alcanzar la sociedad los beneficios perseguidos por el constituyente, pues, la seguridad de los reembolsos de los préstamos otorgados para los fines contemplados en esas disposiciones legales perderían las garantías que sirven de estímulo a la industria de la construcción, y los sectores concernidos puedan recibir sin dificultades los financiamientos necesarios para satisfacer la demanda que

requiere el interés general; que, por otra parte, no se ha podido advertir que las disposiciones arguidas de inconstitucionalidad, contengan o creen situación de privilegio que atente contra el tratamiento igualitario a que son acreedores los nacionales dominicanos conforme el art. 100 de la Constitución..., por lo que las mismas resultan justas y útiles para la comunidad, como lo manda dicho texto sustantivo;

2) Fallo de fecha 27 de septiembre del año 2000:

La acción directa incoada en este caso, perseguía la inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley núm. 317, reguladora de las distancias de las estaciones de gasolina respecto de escuelas, hospitales, iglesias, asilos, bibliotecas, etcétera, que dispone, dicho artículo 4, la “destrucción de las obras que se ejecuten en contravención con esta ley”, por ser atentatorio al derecho constitucional de la propiedad privada. La Suprema Corte de Justicia dijo al respecto que “*la mencionada Ley No. 317, del 26 de abril de 1972, ahora impugnada, es una norma jurídica dirigida a reglamentar y evitar el abuso del derecho de propiedad, para que este derecho se ejercite sin atentar a los demás derechos pertenecientes de manera natural a cualquier comunidad, especialmente en lo referente a las instalaciones o puestos de gasolina, a fin de que éstas se construyan debidamente separadas de edificios destinados o que se proyectan destinar a escuelas, mercados, hospitales, iglesias...*” etcétera, “*todo con el interés de proteger las vidas de las personas que puedan encontrarse en edificaciones o sitios vecinos de esas estaciones o bombas de gasolina...; que la sanción impuesta por la ley a fin de que las sentencias que intervengan ordenen la destrucción de las obras que se ejecuten contrariando la ley, no puede estimarse como violatoria al artículo 8, inciso 13 de la Constitución de la República, que consagra la propiedad como un derecho fundamental, sino como una medida restrictiva extraña a la teoría del abuso del derecho de propiedad, que tiende a favorecer los principios constitucionales de interés social y de seguridad ciudadana, por lo que procede desestimar la presente acción en inconstitucionalidad.*”

3) Sentencia del 29 de noviembre del año 2000:

Con motivo de una acción directa en inconstitucionalidad del art. 1463 del Código Civil, que establecía la presunción irrefragable de renuncia a la comunidad de bienes por parte de la mujer divorciada o separada de cuerpo, que no hubiese aceptado dicha comunidad dentro del plazo estipulado por ese texto legal, la Suprema Corte de Justicia sostuvo *que “como se puede apreciar, el artículo 1463 del Código Civil consagra una discriminación con respecto de la mujer divorciada o separada de cuerpo al fijarle a ésta, lo que no hace con el marido, un plazo breve para que adopte la decisión de aceptar la comunidad, bajo la sanción de perder sus derechos en la misma si no actúa dentro del término que en dicho artículo se establece; que el artículo 8, inciso 15, letra d) de la Constitución de la República, eleva a la categoría de precepto constitucional la plena capacidad civil de la mujer casada, que ya había sido consagrada mediante la Ley 390 de 1940, cuyo propósito fue el colocarla en un plano de igualdad con el hombre en la realización de los actos jurídicos; que, por otra parte, el artículo 8, inciso 5, de la Constitución, prohíbe toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos ante la ley correspondiendo a esta Suprema Corte de Justicia, en su condición de guardiana de la Constitución y de los derechos sociales y políticos consagrados en ella, restablecer esa igualdad; que, como se ha visto y es admitido por nuestra jurisprudencia, el artículo 1463 del Código Civil, hoy desaparecido en la legislación de origen de nuestros códigos fundamentales, instituye una discriminación entre el hombre y la mujer divorciados o separados de cuerpo con respecto a los bienes de la comunidad, en perjuicio de la última; que así las cosas, la dicha disposición conlleva un atentado al principio de igualdad de todos ante la ley, contenido en los preceptos constitucionales arriba enunciados; que, por consiguiente, ha lugar a declarar no conforme con la Constitución la disposición del artículo 1463 del Código Civil;*

4) Sentencia del 14 de diciembre del año 2005:

Sobre acción en declaratoria de inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley General de Migración, en torno a “la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en territorio dominicano y que los impetrantes estiman vulneran los derechos humanos de los haitianos y haitianas que residen en el país, porque están dirigidas sus disposiciones a restringir, limitar y excluir a esa minoría de residentes” (sic), nuestra Suprema Corte estimó, en lo que concierne a las disposiciones del artículo 28 de la Ley 258-04 General de Migración, del 27 de agosto de 2004, que *“dicho texto legal, entre otras disposiciones, establece que todo centro de salud que al momento de ofrecer su asistencia de parto a una mujer extranjera que no cuenta con la documentación que la acredite como residente legal, expedirá una constancia de nacimiento de color rosado diferente a la constancia de nacimiento oficial, con todas las referencias personales de la madre; que de esa norma los impetrantes aducen que discrimina a un grupo determinado de personas que son las extranjeras o madres no residentes, además de violar el principio de igualdad jurídica cuando obliga a todo centro de salud..., a expedir respecto del hijo (a) que nazca, una constancia de color rosado diferente a la constancia de nacimiento oficial...; que es muy cierto, como aducen los impetrantes, que a los términos de los artículos 8 numeral 5 y 100 de la Constitución, la igualdad de todos ante la ley constituye un principio cardinal del ordenamiento jurídico dominicano...; que también es verdadero que las disposiciones del referido artículo 28 de la Ley General de Migración núm. 285-04, de 2004, tienen por objeto, como se ha dicho antes, imponer a las extranjeras “No Residentes” que durante su estancia en el país den a luz a un niño (a), la obligación de registrar en el consulado de su nacionalidad a su hijo (a), salvo cuando el padre de la criatura sea dominicano, caso en el cual podrán hacerlo en la oficialía del estado civil correspondiente, de lo que inferen los impetrantes que la referida previsión legal crea una situación discriminatoria en perjuicio de las madres extranjeras “No Residentes” que durante su estancia en el país den a luz a un niño (a)... ”; que, sin embargo..., ello no implica en*

modo alguno que con tal disposición se esté quebrantando la prohibición constitucional que condena todo privilegio y situación que tienda a menoscabar la igualdad de todos los dominicanos que son, en definitiva, quienes podrían invocar las diferencias en caso de que alguna entidad de la República conceda títulos de nobleza o distinciones hereditarias, al tenor de lo pautado por el artículo 100 de la Constitución...; que como es atribución del Congreso, arreglar todo cuanto concierne a la migración, es indudable que la regulación y control del movimiento de personas que entran y salen del país, es un derecho y al mismo tiempo una obligación del legislador dominicano que pone en obra cuando adopta medidas como las concebidas en el examinado artículo 28 de la Ley General de Migración..., las que no tienden sino a establecer un mero control administrativo de las extranjeras “No Residentes” que durante su estancia en el país den a luz un niño (a)...; que en lo que concierne a las disposiciones del artículo 36 de la misma Ley General de Migración, que determinan, primero, cuáles extranjeros son admitidos como No Residentes y, segundo, que estos son considerados personas en tránsito, para los fines de la aplicación del artículo 11 de la Constitución de la República; que los impetrantes reprochan a la legislación cuestionada ser discriminatoria por estar dirigida a restringir, limitar y excluir a la minoría de haitianos y haitianas residentes en territorio dominicano...; limitándose únicamente a expresar que el artículo 8 de la Constitución no discrimina entre nacionales y extranjeros al reconocer como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos humanos, sin reparar en que la Constitución no otorga la nacionalidad dominicana indiscriminadamente a todos los que hayan nacido en el territorio nacional, sino que al consagrar el jus solis, como sistema para ostentar la nacionalidad dominicana, además del jus sanguini, lo hace con dos excepciones que excluyen a: los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática y a los hijos de los que están de tránsito en él; que la nacionalidad es un fenómeno que crea un lazo de esencia marcadamente política en que cada Estado, en los límites de los tratados internacionales y el derecho de gentes,

determina soberanamente quiénes son sus nacionales, por lo que puede, como corolario obligado de ello imponerse al que nace en su territorio o en él se desenvuelve; que dentro de los límites de compatibilidad antes indicados, la Convención de La Haya del 12 de abril de 1930, en su artículo 1 consagra a este respecto el principio de que pertenece a cada Estado determinar por su legislación quiénes son sus nacionales, sin perjuicio de la libertad reconocida a los individuos de elegir, dentro de los límites que fije la ley, su nacionalidad o de cambiar de ella; que en ese orden el artículo 37 de la Constitución de la República, que establece y enuncia cuáles atribuciones pertenecen al Congreso en su función legislativa, precisa en el numeral 9 que una de esas atribuciones es la de “Disponer todo lo relativo a la migración”, lo que significa, sin equívocos, que ese cánón constitucional ha reservado a la ley la determinación y reglamentación de todo cuanto concierne a esta materia; que, cuando la Constitución en el párrafo 1 de su artículo 11 excluye a los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él para adquirir la nacionalidad dominicana por jus soli, esto supone que estas personas, las de tránsito, han sido de algún modo autorizadas a entrar y permanecer por un determinado tiempo en el país; que si en esta circunstancia, evidentemente legitimada, una extranjera alumbró en el territorio nacional, su hijo (a), por mandato de la misma Constitución, no nace dominicano; que, con mayor razón, no puede serlo el hijo (a) de la madre extranjera que al momento de dar a luz se encuentra en una situación irregular y, por tanto, no puede justificar su entrada y permanencia en la República Dominicana, de lo que resulta que la situación de los hijos (a) de extranjeros nacidos en el país en las circunstancias apuntadas en la primera parte del artículo 11 de la Constitución, no es producto de consideraciones de raza, color, creencias u origen, sino del mandato expreso contenido en el señalado texto fundamental que exceptúa, desde la revisión constitucional de 1929, del beneficio de la nacionalidad dominicana, como se ha visto, no sólo a los hijos (a) de los que estén de tránsito en el país, sino también a los

de extranjeros residentes en representación diplomática, lo que descarta que a la presente interpretación pueda atribuirse sentido discriminatorio”...; que en el único caso en que la República Dominicana pudiera verse constreñida a otorgar la nacionalidad dominicana a un extranjero que se encuentre al margen de la ley con respecto a su estancia en el país o de una persona que haya nacido en el territorio nacional, que de otro modo resultarían apátridas, sería en aplicación, a la cual el interesado tendría que dar estricto cumplimiento, de la Convención para Reducir los casos de Apatridia, adoptada por las Naciones Unidas el 30 de agosto de 1961, lo que no es dable en el caso a que se contrae la instancia de referencia, en razón de que las personas aludidas en la misma les corresponde por jus sanguini la nacionalidad de su país, lo que descarta la posibilidad que para los apátridas prevé justamente la Convención ya citada y, por tanto, la obligación para el Estado Dominicano de conceder su nacionalidad a los indicados ciudadanos en la hipótesis planteada en esa Convención; que a ese respecto, lo que da sustento a lo antes afirmado, el artículo 11 de la Constitución de la República de Haití, expresa, de forma categórica lo siguiente: ‘Todo individuo nacido, en Haití o en país extranjero, de un haitiano o de una haitiana, es haitiano’”.

5) Sentencia de la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de fecha 6 de mayo del año 2009;

En este caso, en uso del control difuso, se alegó la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley No. 437-06 del 6 de diciembre del año 2006, que creó por vía legislativa el Recurso de Amparo, relativo a la proscripción de recurso ordinario o extraordinario alguno, salvo la tercería o la casación, contra las sentencias emitidas en materia de amparo, sobre el alegato de que dicho cánón legal contraviene el artículo 71 de la Constitución de la República, a la doctrina y a la jurisprudencia, y también al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que otorga rango constitucional al principio del doble grado de jurisdicción o derecho a nuevo examen del caso.

La Suprema Corte de Justicia, por intermedio de su Cámara Civil, en relación con tal pedimento de inconstitucionalidad, sostuvo lo siguiente: *“que si bien es cierto que ha sido juzgado en reiteradas ocasiones por esta Suprema Corte de Justicia, en su rol de Corte de Casación, que cuando una sentencia no es susceptible de apelación por negar la ley este recurso, los jueces de la alzada están obligados a declarar la inadmisión del recurso, no es menos cierto que en virtud a lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución núm. 739 del 25 de diciembre de 1977, debidamente publicada en la Gaceta Oficial núm. 9460, del 11 de febrero de 1978, la Suprema Corte de Justicia, pretorianamente, por su sentencia del 24 de febrero de 1999, instituyó por vez primera el procedimiento para ejercer la acción de amparo previendo en el mismo el recurso de apelación, que conocerá la Corte de Apelación correspondiente...”*; que, ciertamente, el artículo 29 de la citada Ley núm. 437-06, *“obviamente ha suprimido el recurso de apelación en esa excepcional materia al quedar abrogado, por efecto de esta misma ley, la disposición que por vía jurisprudencial hizo realmente efectivo el recurso de amparo contemplado en la Convención adoptada, como se ha dicho, por los poderes públicos nacionales, en orden a lo pautado en la parte in fine del artículo 3 de la Constitución a cuyo tenor la República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano; que esa supresión por vía adjetiva se produce no obstante la preindicada normativa internacional consagrar igualmente en su artículo 8.2 h el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior o, lo que es lo mismo, el derecho de requerir del Estado un nuevo examen del caso; que esta garantía reconocida a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 numeral 5, y otros instrumentos internacionales, forma parte de las reglas mínimas que, según la Resolución núm. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia el 13 de noviembre de 2003, debe ser observada no sólo en los procesos penales, sino, además, en los que conciernen*

a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter; que reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico por la citada resolución, integrado por la Constitución y los citados instrumentos internacionales, se impone su aplicación armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los principios, normas y valores que lo integran, asegurándose de este modo la constitucionalización del proceso judicial; que, por otra parte, tanto la apelación, reconocida como derecho fundamental de los justiciables, como se ha visto, como la casación, tienen en nuestro derecho positivo categoría sustantiva en razón de que la primera es consagrada tanto por el artículo 71, numeral 1 de la Constitución como por el bloque de constitucionalidad, y la segunda, por el artículo 67, numeral 2, de la Constitución; que como los demás recursos, ordinarios y extraordinarios, de nuestro ordenamiento procesal, deben su existencia a la ley, el legislador ordinario sí puede limitar y reglamentar el ejercicio de esos recursos y, si lo estima conveniente para determinados asuntos, suprimirlos o hacerlos desaparecer, no así respecto de la apelación y la casación, a los que sólo puede reglamentar; que, por su parte, la disposición del artículo 46 de la Constitución de la República, lo que manda en cuanto al orden judicial es que todo tribunal o corte en presencia de una ley, resolución, reglamento o acto contrario a la Constitución invocado en ocasión de un proceso, en cualquiera de las materias de su competencia, puede y debe pronunciar su nulidad, aun no lo hayan promovido las partes, esto es, de oficio; que por todo lo expuesto la Corte aqua al fallar como lo hizo, declarando inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la recurrente contra la ordenanza de que se trata, no obstante la nueva dimensión que como derecho fundamental hoy se le reconoce a esa vía de impugnación, ha desconocido el principio de la primacía de la Constitución y los tratados, los cuales deben prevalecer siempre sobre la ley, por lo que la sentencia impugnada debe ser casada, sin necesidad de ponderar los demás medios del recurso”.

Para concluir con este trabajo, me voy a permitir integrar al mismo algunas interrogantes formuladas por el jurista Eduardo Jorge Prats en su obra “Derecho Constitucional”, cuya discusión y esclarecimiento ameritan, sin duda, un amplio seminario a los fines específicos a que aluden los temas planteados por él, en cuanto se refiere al “proceso gradual pero progresivo de constitucionalización del Derecho Privado”, temas que los cataloga de “diversos y acuciantes”, debiendo ser respondidos”, nos dice, “a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada” y también, agrego yo, de la legislación existente en algunas latitudes jurídicas exógenas.

Cito: “El reconocimiento constitucional del matrimonio ‘como fundamento legal de la familia’ (Artículo 8.15.c), ¿permite la ilegalización de las uniones de hecho o su tratamiento desigual frente al matrimonio? ¿Existe un derecho constitucional al divorcio? ¿Es constitucionalmente admisible que se impida a los homosexuales adoptar hijos o acceder a empleos en igualdad de condiciones? ¿Es constitucional la despenalización del aborto frente a la consagración constitucional y a nivel de la Convención Americana del derecho a la vida? ¿Hasta qué punto es constitucionalmente admisible el derecho a disponer sobre el cuerpo? ¿Hay un derecho constitucional a morir dignamente y a ser asistido a morir? ¿Hasta qué punto puede renunciarse a los derechos fundamentales en ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad? ¿Está constitucionalizado el Derecho de la responsabilidad y el derecho a la indemnización por daños?” Fin de la cita.

EL AMPARO EN GUATEMALA

AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA¹

SUMARIO: I. Antecedentes de la Jurisdicción Constitucional en Guatemala. II. El amparo en la actual Constitución de 1985. III. Principios Constitucionales Rectores del Amparo en Guatemala. IV. El Amparo provisional en la legislación Guatemalteca. V. Los terceros interesados en la legislación Guatemalteca. VI. Las audiencias en el Amparo. VII. La Sentencia de Amparo. VIII. Referencias. a. Bibliograficas. b. Normativas. c. Electrónicas. d. Otras referencias.

I. Antecedentes de la Jurisdicción Constitucional en Guatemala.

A partir del año de 1965 se creó en Guatemala una Corte de Constitucionalidad como tribunal constitucional. Esta tenía competencia bastante limitada y sus funciones se circunscribían a conocer ocasionalmente del recurso de inconstitucionalidad y por esta vía procesal a declarar por mayoría de ocho de sus miembros la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad, pero excluía toda intervención respecto al amparo directo, el conocimiento en apelación de esta acción,

¹ Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, Magister en Derechos Humanos por la citada Universidad. Magister en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona y Doctora por esa casa de estudios. Es actualmente Secretaria General de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar. Profesora e Investigadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

de la apelación de inconstitucionalidad en casos concretos y de otra materias. Ejercía control concentrado de inconstitucionalidad general.

Los tribunales del orden común tenían facultad de actuar como tribunales constitucionales al conocer de las acciones de inconstitucionalidad en caso concreto, como tribunales de amparo y eran competentes para el trámite de las exhibiciones personales en caso de ser precedentes.

Se establecía en el artículo 262 del referido cuerpo legal que la Corte de Constitucionalidad se integraba con doce miembros de la siguiente manera: El Presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma y los demás por sorteo global que practicaba la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo².

El referido recurso de inconstitucionalidad se encontraba limitado en lo referente a los sujetos legitimados para interponerlo, dentro de los que se encontraban únicamente el Consejo de Estado, el Colegio de Abogados por decisión de su Asamblea General, el Ministerio Público por disposición del Presidente de la República adoptada en Consejo de Ministros y cualquier persona o entidad a quien afectara directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

Respecto de este sistema se ha afirmado que “durante los dieciséis años de existencia del anterior sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, la Corte de Constitucionalidad dejó una huella de ineficacia y de frustración institucional. Durante su vigencia únicamente se interpusieron ante ella cinco “Recursos de Inconstitucionalidad”, de los cuales dos fueron rechazados de plano,

2 DIGESTO CONSTITUCIONAL, Constitución de 1965, Edición de la Corte de Constitucionalidad, 2005, p. 655.

dos sin lugar y el único que prosperó se debió a que el interponerte era el Ministerio Público por disposición del Presidente de la República y en ningún caso se decretó la suspensión provisional de las leyes impugnadas de inconstitucionalidad”³.

El amparo se introdujo en Guatemala, con las reformas constitucionales de 1921, en el que sólo se anunció, y se amplió y desarrollo desde entonces hasta llegar a su estado actual. Ha seguido un proceso de ampliación en cuanto al ámbito de su protección, pues inicialmente se detallaban casos de procedencia, así como también de improcedencia, reduciéndose estos últimos, al grado que actualmente tanto en la Constitución como en la ley de la materia, no se contempla ningún caso de improcedencia. Es expresa la regulación constitucional a ese respecto que prevé: “No hay ámbito que no sea susceptible de amparo”.

Con la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala, el quince de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, se estableció la institución del amparo, el cual se desarrolló en el Decreto número 8 de fecha 3 de mayo de 1966, y en estas leyes se contempla el llamado “recurso” de amparo, mismo que debía ser coordinado por la propia Corte Suprema de Justicia indicando que el Tribunal Extraordinario de Amparo se integraría por el Presidente de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones y seis vocales de las propias salas. En la Constitución de 1965 se establecía en su artículo 80 que “Toda persona tenía derecho a pedir amparo en los casos siguientes:

1. Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece.
2. Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por

3 PINTO ACEVEDO, Mynor, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, Serviprensa Centroamericana, Guatemala, 1995, p. 31.

contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados en la Constitución.

3. Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional.

4. En los demás casos que expresamente establece la Constitución”.

La disposición siguiente establecía los casos de improcedencia, siendo el primero de ellos el referente a asuntos del origen judicial respecto de las partes y personas que intervinieron en ellos. Se establecía una excepción en los asuntos de tipo judicial, y era en aquéllos en los que la Corte Suprema de Justicia aun no hubiera dictado sentencia y se estableciera infracción al procedimiento. Otro de los casos de improcedencia era el referente a resoluciones dictadas en recurso de amparo, actos consentidos por el agraviado, y contra las medidas sanitarias y las que se dicten con el objeto de prevenir o conjurar calamidades públicas.

Como puede apreciarse la legislación anterior era expresa en cuanto a regular taxativamente casos de procedencia e improcedencia del amparo, estableciéndose de esa manera un *numerus clausus* de éstos⁴.

II. El Amparo en la actual Constitución de 1985

A partir de 1985, con la vigencia de la actual Constitución, la jurisdicción constitucional se ejerce en forma difusa, por todos los tribunales de primera instancia, Salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen competencia para conocer en primer grado de las acciones de amparo, y las inconstitucionalidades en caso concreto y en única instancia de

4 A nivel constitucional, el título II, capítulo II regulaba lo referente al habeas corpus y al amparo dentro de los artículos 79 a 84.

los amparos contra los más altos funcionarios, y de las acciones directas de inconstitucionalidad que se promueven con carácter general⁵.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, también conoce como tribunal de alzada en los bi - instanciales.

En lo referente al amparo, puede señalarse que el mismo se entiende en la legislación guatemalteca como la institución jurídico procesal específicamente encargada de proteger los derechos de las personas contenidos en la Constitución y leyes ordinarias. Éste constituye un mecanismo de protección constitucional o de tutela de los derechos fundamentales, a excepción de la libertad física, por el cual se asegura el efectivo goce de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y demás leyes y los protege de toda amenaza, restricción o violación, por medio de leyes, resoluciones, disposiciones o actos de autoridad que ello impliquen. Dentro del marco constitucional guatemalteco se reconoce como una garantía constitucional.

Para el autor guatemalteco, Víctor Castillo, el amparo puede definirse como el proceso de carácter constitucional, a través del cual se preservan o restituyen los derechos de cualquier persona a excepción del derecho de libertad el cual se encuentra debidamente tutelado por la exhibición personal, cuando concurra la existencia de un hecho que amenace con violarlos los haya transgredido⁶.

La actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece en su artículo 8 el objeto del mismo precisándose que: “El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de

5 El amparo en única instancia se regula en el artículo 11 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la misma se prevé que éste procede contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Congreso de la República y Corte Suprema de Justicia.

6 CASTILLO MAYÉN, Víctor Manuel, “Préambulo al estudio del amparo”, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2009, p. 6.

los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y leyes garantizan”.

En la antigua ley de 1965, no existía una definición de lo que era el amparo, y lo acogía como un recurso, lo cual en la ley vigente se elimina, conceptualizándosele como una garantía constitucional, por lo que se le suele llamar “acción de amparo”, la cual funciona como un mecanismo de protección contra la arbitrariedad cuyo objeto es el ya referido, y del cual se extraen dos claras finalidades:

1. Que sobre los derechos exista una virtual amenaza de violación.
2. Que esos derechos ya hayan sido violados, consecuentemente lo que se pretende es restaurarlos.

En lo que se refiere a la interposición de la acción de amparo, la ley vigente indica que para que proceda, deben previamente agotarse los recursos ordinarios, judiciales y administrativos y que dicha petición debe hacerse dentro del plazo de los treinta días siguientes al de la última notificación, con la excepción que en materia electoral el plazo será de cinco días debiéndose a que en esta materia es urgente su resolución principalmente en los procesos electorales.

Señala Gabriel Larios Ochoa, en el documento “La Procedencia en el amparo”, explica que la procedencia, está regulada en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El artículo 8o. en armonía con el artículo 265 constitucional regula la procedencia, como objeto esencial de la ley al establecer: “El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito

que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.”

El artículo 9o. relacionado con los sujetos pasivos del amparo, extiende la autoridad impugnada, partiendo de la autoridad ubicada en el ámbito del poder público, incluyendo a entidades descentralizadas o autónomas y todas aquellas que tienen su origen y giran en torno a los intereses públicos; a las autoridades del ámbito del sector privado; y en su primer párrafo regula: “Podrá solicitarse amparo contra el poder público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del estado creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Asimismo podrá solicitarse contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.”

El artículo 10, no obstante la procedencia general que hace el artículo 265 constitucional, al establecer que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, contempla casos específicos de procedencia entre los cuales señala:

“Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos:

- a) Para que se le mantenga y restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquier otra ley;
- b) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o una de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquier otra ley;

c) Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República; no es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional;

d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no se reparable por otro medio legal de defensa;

e) Cuando en actuaciones administrativas se exijan al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo;

f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sea resueltos en el termino que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite;

g) En materia política, cuando su vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico dando por sentado las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión;

En los asunto de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio pueda ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de lo recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Los casos de procedencia citados, no excluyen otros, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo. Ampliándose de esa cuenta el ámbito de susceptibilidad, con el objeto de conceder a toda persona sin discriminación la protección constitucional cuando se amenacen o violen sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, acorde con lo establecido e la Carta Magna de que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo.

Con respecto a los requisitos en la petición de amparo, ambas normativas son bastante similares, haciendo notar que se suprimió la “...declaración jurada de la persona que interpone el recurso sobre los hechos que afirma son ciertos y que no le constan otros que desvirtúan la acción promovida...” , y que actualmente se permite a quien solicita un amparo que cuando haya omitido el señalamiento de uno o más requisitos faltantes se le fija el término de tres días para su subsanación, pero en lo posible, no se suspenderá el trámite del amparo.

Ambas disposiciones son congruentes con el espíritu de la acción de amparo, puesto que exigir una declaración jurada significaría contrariar normas constitucionales como lo es el derecho de petición, por su parte darle trámite al amparo no obstante faltar requisitos en el escrito inicial es novedoso, pues garantiza el objeto del amparo, sin perjuicio de que en el plazo legal se cumplan los requisitos omitidos.

Es de hacer notar que en lo que respecta a la legitimación activa para interponer amparo, la actual normativa regula una acción del agraviado o su representante, otorgándola también al Procurador de Derechos Humanos, quien como defensor del pueblo goza de una investidura inherente a sus funciones, y se le reconoce como defensor de los derechos difusos de la población. También se reconoce legitimación para actuar en defensa de los derechos estatales al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la Nación.

En lo referente a la legitimación del Procurador de los Derechos Humanos deberá estar a lo que establecen los artículos 275 de la Constitución política de la República y 8 del Decreto 54-86 del Congreso de la República, Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos⁷.

Algo digno de mención es lo establecido en el artículo 26 de la ley citada, cuando indica que la persona notoriamente pobre o ignorante, el menor y el incapacitado, podrán comparecer ante los tribunales en solicitud “verbal de amparo“. Esto es congruente con la realidad guatemalteca en la que un alto porcentaje de la población se encuentra conformado por personas de escasos recursos económicos, incapaces o menores. No sólo son mayoría sino que los más vulnerables en esta clase de violaciones. En lo que se refiere al derecho de impugnar en este procedimiento, la actual ley amplió este derecho a las partes, puesto que siendo los recursos medios de control ante las resoluciones judiciales, esta ampliación beneficia grandemente para que el recurrente quede satisfecho con la resolución impugnada.

En conclusión puede afirmarse que la institución del amparo que actualmente rige, goza de la más plena confiabilidad, aunque se ha visto que en muchas oportunidades esta noble garantía se ha utilizado como un mecanismo para demorar los procesos, sin embargo, esto no demerita de ninguna manera el objetivo por el cual fue creado.

Se considera que la forma en la que está regulado y desarrollado el amparo en la actual normativa están expresadas las máximas aspiraciones de esta institución, pues siendo la garantía contra la arbitrariedad esto redundará en beneficio del mantenimiento del Estado de derecho que en toda sociedad civilizada debe imperar.

7 GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón, “El amparo fallido”, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2004, p.77.

Otro aspecto de interés es el referente a la figura del gestor judicial, regulándose que los abogados colegiados y parientes dentro de los grados de ley podrán actuar como tales, gestionando en nombre del afectado y sin acreditar representación alguna, cuando declaren que actúan por razones de urgencia para la debida protección de los intereses que les han sido encomendados.

Si bien, esta figura no ha sido utilizada frecuentemente es una facultad que prevé la ley para que cuando, el afectado no posea un mandatario debidamente acreditado, no se vea desprotegido ante los casos de amenaza o efectiva violación a alguno de sus derechos constitucionalmente protegidos.

III. Principios Constitucionales Rectores del Amparo en Guatemala.

a) Principio de instancia de parte: Este principio expresa que el amparo debe iniciarse a petición de la parte que sufre o cree sufrir el agravio, ya sea que promueva por sí o por medio de su apoderado, defensor o representante legítimo, gestor judicial en su caso, pero los tribunales no podrían actuar de oficio sin petición precedente, sin ejercicio de la acción de amparo correspondiente, por el titular de la misma. Señala Castillo Mayén que: “Al respecto, puede concluirse que la legitimación del tribunal de amparo para realizar cualquier pronunciamiento sobre determinada transgresión en la esfera de los derechos de cualquier persona, dependerá no solo de la jurisdicción y competencia que le confiera la ley, sino que, adicionalmente, es necesario que dicha actuación o conocimiento sea instado en la forma que determina la ley de la materia”⁸. La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en el artículo 60. recoge este principio al establecer: “En todo proceso relativo a la justicia constitucional sólo la iniciación del trámite es rogada. Todas las diligencias posteriores se impulsarán de oficio bajo la responsabilidad del tribunal respectivo...”.

8 CASTILLO MAYÉN, Víctor Manuel, op. cit. p. 13.

b) **Principio del agravio personal y directo:** El agravio para que pueda ser causa generadora del amparo necesita ser personal y directo, es decir que recaiga precisamente en una persona determinada, bien sea individual o colectiva, ya sea de realización presente, pasada o inminentemente futura.

Según tesis jurisprudencial “para lograr el otorgamiento del amparo es preciso, no sólo que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una violación de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan, sino que con ellos se cause o se amenace causar, algún agravio que perjudique o menoscabe los intereses del postulante y no pueda repararse por otro medio legal de defensa. El agravio por constituir una lesión susceptible de causarse al reclamante en sus derechos o intereses se convierte en el elemento esencial para la procedencia del amparo y sin su concurrencia no es posible el otorgamiento de la protección que este conlleva... el peticionario debe demostrar que ha habido un ‘agravio personal’ o ‘conculcación de sus derechos’, puesto que la legitimación activa corresponde a quien tenga interés directa en el asunto, supuesto que se deduce de la interpretación de las dicciones legales contenidas en los artículos 8o., 20., 23, 34 y 49 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en los que se encuentran los términos ‘sus derechos’, ‘derechos del sujeto activo’, ‘afectado’, ‘hecho que le perjudica’, ‘interés directo’, ‘ser parte’, o ‘tener relación jurídica con la situación planteada’⁹.

Estas claras expresiones están en congruencia con la doctrina sobre el amparo, de que la legitimación activa corresponde a quien tiene interés directo en el asunto y que en el mismo no existe acción popular, sino es necesario hacer valer un derecho. No obstante el criterio expuesto, la Corte de Constitucionalidad, en materia penal consideró que el Abogado defensor, está legitimado para solicitar amparo en favor de su patrocinado y estableció: “la defensa

9 Esta doctrina se ha sostenido entre otros casos en el expediente ciento seis – ochenta y nueve de diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

del procesado es una institución de orden público que deberá ser continua, y el juez, en cumplimiento de expresa disposición constitucional, deberá cuidar de que, cumplidos los requisitos que establece la legislación penal, le sea nombrado defensor al procesado y que no le falte en ningún momento. La continuidad de esta función, implica que el Abogado defensor debe auxiliar a su defendido en todos aquellos asuntos que tengan relación con la defensa... Esto implica la interposición de recursos, defensas y acciones que tiendan a satisfacer tal objeto. Si el Abogado defensor tiene la obligación legal y ética de interponer defensas ordinarias, ello no implica que deba excluirse del amparo, que reviste la característica de ser una defensa constitucional extraordinaria”¹⁰.

El principio que exige que el agravio que se denuncia sea personal directo nos permite concluir que entre el agravio, quien lo sufre o cree sufrir y quien solicita el amparo, debe existir una conexidad necesaria, de lo contrario por ausencia de legitimación activa la protección solicitada no podría otorgarse, no sólo por la relatividad del fallo que afecta solo a quien lo solicita, como lo veremos más adelante, sino porque no contribuye a proteger los derechos constitucionales de quien en realidad sufre el agravio¹¹.

c) PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD: Por la naturaleza subsidiaria y extraordinaria que la legislación guatemalteca le ha impregnado al amparo, antes de promoverse deben agotarse los recursos o medios de defensa legal, mediante los cuales pueda impugnarse el acto de autoridad que se reclama. El principio de definitividad, está contemplado en la Ley Constitucional de la materia en el artículo 19 que establece: “Para pedir amparo, salvo casos establecidos en esta Ley, deben previamente agotarse los recursos judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan

10 Criterio sustentado en el expediente ciento veinticuatro – noventa y uno, Gaceta jurisprudencial veintidós, pp. 49-50, y reiterado en el expediente novecientos cuarenta y siete – dos mil cinco de once de octubre de dos mil cinco.

11 Sentencia de doce de mayo de dos mil cuatro, dictada dentro del expediente quinientos veinticinco – dos mil cuatro.

adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso. Agotamiento de recursos que de conformidad con la jurisprudencia existente incluye el recurso de casación, en los casos en que este devenga procedente. La Corte de Constitucionalidad, ha sostenido reiteradamente que el amparo se instituyó como un medio extraordinario y subsidiario de defensa de los derechos de las personas cuando los mismos se vean amenazados, restringidos o efectivamente violados, debiendo ejercitarse de acuerdo a su naturaleza y ubicación que la ley de la materia le ha dado en el ordenamiento jurídico. Por lo que afirma, el amparo no es el medio de sustituir la tutela judicial ordinaria.

Como excepción a este principio, la Corte de Constitucionalidad sostiene que contra los actos de autoridad calificados como “vías de hecho”, no es obligatorio el agotamiento de recursos previos, y así lo manifestó en la sentencia del nueve de febrero de mil novecientos noventa, Gaceta quince, página noventa: “... Lo anterior pone de manifiesto que el procedimiento seguido por el Alcalde mencionado se encuentra fuera del marco de la legalidad, puesto que al omitir dar la audiencia debida en la forma antes citada, infringió’ en perjuicio de la solicitante del amparo su derecho constitucional de defensa y el principio del debido proceso que, como se apunta en el considerando primero, deben revestir los procedimientos que conducen a las decisiones administrativas, constituyendo su actuación vía de hecho frente a la cual no es exigible el requisito del previo agotamiento de los medios ordinarios de impugnación para acudir al amparo...”

d) Principio de la relatividad de las sentencias de amparo:

Este principio está en íntima relación con el principio del agravo personal y directo y se refiere a que la sentencia de amparo, se limitará a amparar y proteger a los individuos agraviados que lo hayan solicitado, en el caso especial sobre el que versare la queja, sin hacer una declaración general respecto del acto que la motivare, así como de otras personas a las que afecte.

Ignacio Burgoa afirma que éste se encuentra concebido de manera tal que solo se ocupe de de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que versa la queja sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare.

Iv. El Amparo Provisional en la Legislación Guatemalteca

Por la materia objeto de protección del amparo, se hace necesario en una gran cantidad de casos, lograr una reparación inmediata de las lesiones que se sufren en un momento determinado, a través de la suspensión del acto agravante, toda vez que el reclamo que a través de esta acción se formula persigue la protección de los derechos fundamentales de las personas, denunciando lesiones provocadas por actos arbitrarios de autoridad que son los que ocasionan ese agravio denunciado.

Lo anterior evidencia que en muchos casos será necesaria la adopción de medidas urgentes que permitan una reparación eficaz del agravio causado, mientras dure la dilación procesal, protección que se verá consolidada cuando concluya la tramitación de la referida garantía al otorgarse ésta en definitiva. De no adoptarse oportunamente tal medida, en ocasiones, el objeto del amparo se tornará ineficaz.

De lo anterior surge la figura del “amparo provisional” el cual pretende suspender los efectos del acto, resolución o disposición de autoridad que lesiona derechos fundamentales, prolongándose en el tiempo la citada suspensión, hasta la resolución final de la acción incoada.

Utilizando la terminología de Ignacio Burgoa, se le confiera a éste “una función paralizante del acto reclamado”¹² lo que impedirá que produzca ulteriores consecuencias en el tiempo, de manera tal que

12 BURGOA, Ignacio, “El Juicio de Amparo”, Editorial Porrúa, México, 1989, p 710.

subsista la materia objeto de protección a través del amparo. Por lo tanto, es importante señalar que de la naturaleza del acto reclamado en el amparo dependerá la necesidad del otorgamiento de la suspensión provisional del mismo, toda vez que cuando éste posee esa cualidad dinámica o fuerza vital, de continuar produciendo sus efectos podría dejar sin materia el amparo y seguir lesionando los derechos del denunciante, al contrario, cuando el acto contra el que se reclama no posee esa característica no tendría sentido suspenderlo.

Al respecto se ha señalado que: “...Un acto puede carecer de capacidad vital por dos razones: porque por sí mismo o en su estructura íntima sea inofensivo o incapaz de generar consecuencias materiales o jurídicas, o bien, porque ha llegado a su agotamiento total; ya generó todos sus efectos lo que ya no le permite germinar más, situación que lo determina como un acto inmutable...”¹³.

En esas dos situaciones no será necesario el otorgamiento del amparo provisional, puesto que no habrán futuras consecuencias que evitar, no tendría objeto lograr la paralización del acto contra el que se reclama. Es necesario tener presente, que a pesar de que el punto central de la acción de amparo tenderá a revisar si la autoridad impugnada en la emisión del acto contra el que se alega, actuó dentro del marco de las facultades que le han sido conferidas constitucional y legalmente o se produjo éste con arbitrariedad, en el momento de decidir respecto del amparo provisional, aun no ha llegado la oportunidad de proceder a realizar esta revisión, de esa cuenta, nada tiene que ver el fondo del asunto para su otorgamiento o denegatoria, sino las características que reviste ese acto contra el que se reclama y la posibilidad de que siga produciendo consecuencias gravosas para el interponente de la acción.

De lo anteriormente afirmado resulta pertinente señalar entonces que será la naturaleza del acto reclamado la que determine la

13 SIERRA GONZALEZ, José Arturo, “Derecho Constitucional Guatemalteco” Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 2000, p 218.

procedencia de la suspensión provisional y no la efectiva violación constitucional, la cual en el momento de su otorgamiento aun no ha sido determinada, siendo necesario su otorgamiento cuando se trate de actos positivos, es decir que produzcan efectos, que de continuar sucediendo podrían dejar sin materia el amparo al momento de fallar en definitiva, razón por la cual se estima que no es necesario en el caso de actos negativos u omisivos, toda vez que no es posible suspender una inacción.

Al respecto se ha señalado por Sierra González: "...si el acto de autoridad mantiene su potencial vital, y por consiguiente, puede afectar lo controvertido o la materia de fondo del proceso o la pone en situación de grave peligro en cuanto a su subsistencia, es cuando en toda su plenitud se hace necesario y procedente otorgar el amparo provisional... Lo afirmado vale en toda su fuerza con relación a los actos positivos, o sea, cuando el acto vulnerante atacado de amparo consiste en un comportamiento de hacer, porque son actos que generalmente poseen esa dinámica desencadenante de efectos que pueden provocar la desaparición de la materia del proceso de amparo. Se niega en cuanto a los actos negativos. Estos últimos consistentes en un comportamiento de no hacer o de omisión de conducta, se les niega la aptitud desencadenante de efectos, por lo que no ameritan de un instrumento procesal paralizante..."¹⁴.

Resulta lógico considerar que los actos puramente omisivos no pueden ser suspendidos puesto que es su propia naturaleza la que imposibilita al Tribunal de Amparo a ello, por lo que el otorgar el amparo provisional en estos casos implicaría ordenar la actitud positiva que repararía la omisión, lo que acarrearía dejar sin materia el amparo para su resolución final, además de resolverse el fondo del asunto, sin haberse estudiando hasta ese momento, si existía la violación constitucional que facultaría al Tribunal de Amparo a otorgar la protección definitiva. Además debe tenerse presente que hasta ese momento, aun no se han presentado y diligenciado

14 SIERRA GONZÁLEZ. op. cit. p. 219.

todos los elementos de prueba que puedan aportar más elementos al Tribunal de Amparo, ni se han diligenciado las pesquisas de oficio o auto para mejor fallar que pudiera ser necesario para que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Lo anterior demuestra también el criterio anteriormente relacionado en el sentido que aunque revista el carácter de acto negativo, el acto reclamado en amparo, sus consecuencias positivas podrían ser suspendidas. De igual manera, tampoco sería pertinente la suspensión de un acto que carece de la calidad de “ejecutable”, puesto que si éste no posee ese carácter ningún sentido tendría suspenderlo, ya que por él mismo ninguna lesión sería capaz de generar. Lo anterior conlleva a estimar que será necesario la producción de otros actos posteriores que si posean ese carácter, en cuyo caso, serán estos los susceptibles de suspensión.

De allí que el amparo provisional será una medida adoptada por el Tribunal Constitucional, cuando la naturaleza del acto reclamado sea tal que de continuar surtiendo efectos podría dejar sin materia el fondo del reclamo.

a) Naturaleza jurídica del amparo provisional

La naturaleza jurídica del amparo provisional es la de una medida cautelar o preventiva, ya que mediante éste se pretende mantener viva la materia del amparo, impidiendo que el acto contra el que se reclama continúe produciendo sus consecuencias de manera que al consumarse irreparablemente haga ilusoria para el agraviado la protección constitucional solicitada.

Para atribuir tal calidad al amparo provisional es necesario recordar la función de una medida cautelar, la cual posee efectos de duración limitada en el tiempo, la cual se prolonga hasta el momento de dictarse sentencia, previniendo el “*periculum in mora*”, es decir, el peligro de un daño jurídico derivado del retardo en la resolución que debe dictarse en el proceso principal.

b) Caracteres del amparo provisional.

Dentro de las características que pueden atribuirse a la institución del “amparo provisional”, siguiendo lo afirmado por Alfonso Noriega¹⁵ pueden señalarse:

- a. La suspensión del acto reclamado es una providencia cautelar o precautoria;
- b. Impone a las autoridades señaladas como responsables, la obligación de detener los efectos del acto reclamado; de abstenerse de llevarlo a cabo y de mantener las cosas en el estado en que se encuentran en el momento de dictarse la medida, impidiéndoles continuar los procedimientos que tiendan a ejecutarlo;
- c. El interés jurídico que posee es conservar la materia del juicio de amparo, evitando que se causen al peticionario perjuicios de difícil reparación para el caso de concederse la protección constitucional solicitada.

Para Arellano García la suspensión en el juicio de amparo produce algunos efectos, dentro de los que pueden mencionarse: “...a) La suspensión puede concederse respecto de actos positivos pues, implican una acción, un hacer, una obra que puede suspenderse... B) La suspensión no puede concederse respecto de actos negativos, pues éstos consisten en no hacer, en una conducta de abstención. Ejemplo: un gobernado solicita una licencia, la autoridad responsable no la concede. La suspensión no puede producir el efecto de que se conceda su licencia. C) La suspensión puede concederse contra los efectos positivos de un acto negativo... D) La suspensión no produce efectos restitutorios, esto significa que detiene, paraliza, el acto reclamado pero no destruye los efectos ya producidos. Si un acto reclamado es de tracto sucesivo, se

15 Noriega, Alfonso, “Lecciones de Amparo” Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1980, p. 856.

suspenden los efectos aun no realizados. Los ya realizados no se suspenden. Lo mismo ocurre respecto de los actos reclamados que se hayan realizado totalmente y que así permanecerán hasta que se dicte la sentencia de amparo...”¹⁶

c) El amparo provisional en la legislación guatemalteca.

Dentro de la legislación guatemalteca se prevé la procedencia de esta protección provisional ya sea de oficio o a instancia de parte. De esa forma se regula en el artículo 28 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, al señalarse que deberá decretarse de oficio la suspensión provisional del acto, resolución o procedimiento reclamado, entre otros, en los casos siguientes:

- a) Si del mantenimiento del acto o resolución resultare peligro de privación de la vida del sujeto activo del amparo, riesgo a su integridad personal, daño grave o irreparable al mismo;
- b) Cuando se trate de acto o resolución cuya ejecución deje sin materia o haga inútil el amparo al hacer difícil, gravosa o imposible la restitución de las cosas a su estado anterior;
- c) Cuando la autoridad o entidad contra la que interponga el amparo esté procediendo con notoria ilegalidad o falta de jurisdicción o competencia;
- d) Cuando se trate de actos que ninguna autoridad o persona pueda ejecutar legalmente.

Otro caso de suspensión obligada es el contenido en el artículo 33 de la LAEPyC¹⁷, el cual señala que si la autoridad impugnada no envía los antecedentes o informe circunstanciado dentro del

16 ARELLANO GARCÍA, Carlos, “El juicio de amparo, Editorial Porrúa, México, 1983.

17 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

término de cuarenta y ocho horas, deberá decretarse la suspensión provisional del acto, resolución o procedimientos reclamados.

Resulta interesante el análisis del mandato contenido en la norma anterior, pues es interesante darse cuenta como la actitud omisiva de la autoridad impugnada puede provocar una sanción que perjudique a otra de ellas y que no resulte en sanción para el infractor de la norma.

Al respecto puede citarse como ejemplo el caso de un juicio sumario civil de desocupación, en el cual demandante y demandado han dirimido la controversia, sin embargo, por no encontrarse de acuerdo el demandado promueve un amparo. Dentro del mismo, actuará en calidad de tercero interesado el demandante del juicio sumario, sin embargo, si dentro de la tramitación del amparo, la autoridad impugnada incurre en demora en el envío de los antecedentes se provocará la suspensión del acto reclamado con lo cual se verá afectado el demandante dentro del juicio que origina la controversia, con lo que se considera que por la inacción de una parte se sanciona a otra de la cual no dependió ese inactuar.

Dentro de los casos de procedencia enunciados en el artículo 28 LAEPyC, se evidencia que es la naturaleza de los hechos que generan el amparo, la que provoca la orden de suspensión, así en el primero de ellos la integridad personal puesta en riesgo hace necesaria la suspensión, y en el segundo se advierte que de continuar surtiendo efectos éste se tornaría inútil el amparo. Sin embargo, en los dos siguientes casos podría estimarse que se consideran también cuestiones de fondo, puesto que se señala la arbitrariedad de los actos cometidos, sin embargo, la misma es tan evidente que permite su suspensión *in limine*, ya que puede advertirse la ilegalidad de la medida o tratarse de actos que ninguna persona esté facultada para realizar.

En los demás supuestos, según lo establecido en el artículo 27 LAEPyC, se otorgará la protección provisional, *“cuando a juicio del Tribunal de amparo las circunstancias lo hagan aconsejable”*.

Para determinar la procedencia del amparo provisional es necesario que el juzgador realice un examen preliminar a través del cual determine:

- i. La existencia del acto contra el que se reclama;
- ii. La naturaleza de ese acto;
- iii. Los efectos que éste puede producir durante la tramitación del amparo.

En la primera resolución que se dicte en el proceso de amparo deberá resolverse al respecto. Debido a las amplias facultades discrecionales del juez para su otorgamiento, éste al decretarlo podría exponer las razones para su otorgamiento de diferentes maneras sin entrar a analizar el fondo del asunto. Así por ejemplo un razonamiento podría estribar en que el acto reclamado encuadra en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 28 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, razón que impone su otorgamiento. Otro caso podría ser justificar la naturaleza del acto contra el que se reclama, y exponiendo que derivado de la misma se impone la necesidad de su suspensión. Sin embargo, el juez debe ser muy cauto en cuanto a las razones por las cuales se justifica el otorgamiento de esa medida, puesto que el vincularla con una razón de fondo implicaría que el Tribunal de Amparo adelante su criterio, previo a la emisión de la sentencia, lo que podría provocar un inconveniente al momento de emitir el fallo.

El amparo provisional es una medida esencialmente reformable, de esa cuenta, a tenor de lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en cualquier estado del procedimiento hasta antes de dictar sentencia a petición de parte o de oficio, los tribunales tienen facultades para acordar o revocar la suspensión provisional del acto, resolución o procedimiento reclamado.

El principal efecto del amparo provisional es la suspensión del acto contra el que se reclama, provocando de esa manera la

paralización del efecto agravante denunciado. Al respecto es interesante señalar que el artículo 31 de la LAEPyC establece que: “Cuando la singularidad del caso lo requiera, en el momento de comunicarle a la autoridad impugnada la suspensión del acto, se levantará acta en la que se hará constar detalladamente el estado que en ese momento guardan los hechos y actos que se suspenden y la prevención hecha de no modificarlos hasta que se resuelva en sentencia o lo ordene el tribunal”.

Asimismo, se establece en el artículo 32 de la ley precitada que si desobedece la orden judicial y sigue actuando la persona a quien se notificó la suspensión, el Tribunal de Amparo ordenará inmediatamente su encausamiento, librándose para el efecto certificación de lo conducente para la iniciación del proceso penal que corresponda.

Son competentes para decretar la suspensión provisional: “... los tribunales ordinarios que conocen de los amparos en primer grado: a) Jueces de Primera Instancia; Salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia (en pleno o a través de la Cámara de Amparo y Antejuicio). Estos órganos jurisdiccionales pueden ordenar la suspensión provisional del acto reclamado al dictar la primera resolución en que se admite a trámite el amparo o después de haber obtenido los antecedentes o informe circunstanciado del caso. Además, pueden otorgar el amparo provisional en cualquier etapa del procedimiento (artículos 12, 13, 14, 27, 29, 30 y 33 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad); b) estos órganos también pueden conocer a prevención del amparo provisional, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 segundo párrafo, y 18 de la ley de la materia; c) la Corte de Constitucionalidad tiene competencia para otorgar el amparo provisional cuando conozca de amparos en única instancia, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, y cuando conozca de las apelaciones de los autos que otorguen, denieguen o revoquen el amparo provisional en primer grado (artículos 11,

163 incisos b) y c) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad)...”¹⁸

No obstante las reglas de competencia establecidas para el conocimiento del amparo, cuando se trata de la suspensión provisional del acto contra el que se reclama, se faculta al tribunal ante quien se promueva la acción para emitir la primera resolución en la que podrá decidir lo relativo a éste y posteriormente remitirlo a donde corresponda. De igual manera habrá de actuar el tribunal que posea motivo de excusa o impedimento para conocer.

d) Jurisprudencia referente al amparo provisional en la legislación guatemalteca.

Respecto de este tema resulta interesante señalar que la jurisprudencia ha ido desarrollándose a lo largo del conocimiento de acciones de amparo en el Tribunal Constitucional, el cual ha considerado también la imposibilidad de otorgar un amparo provisional que derive de un acto negativo, salvo excepciones que más adelante se presentarán, sin embargo, su procedencia se ha extendido también a situaciones diferentes a las señaladas expresamente en la ley de la materia.

Así es necesario señalar que, dentro del texto de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se señala que al promover amparo podrá solicitarse en forma provisional la suspensión del acto reclamado, el cual como se ha mencionado con anterioridad, tendrá por objeto suspender los efectos positivos de un acto, debiendo entonces, en principio, existir coincidencia entre el acto cuya suspensión se solicita en forma provisional y en definitiva.

En el caso que se solicite una actitud positiva de la autoridad impugnada, y no únicamente la suspensión de los efectos de actos

18 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Tema IV. El amparo provisional. Seminario Jurídico. Antigua, Guatemala. 2001.

que se producen, de otorgarse ésta, el amparo definitivo podría quedar sin materia. Así por ejemplo, en el caso de solicitar que se resuelva una petición señalando agravios por la omisión, se estaría frente al caso, en el cual, de otorgarse el amparo provisional y ordenar esa resolución quedaría sin materia el mismo en definitiva, puesto que se habría resuelto el asunto sin haberse analizado los argumentos de fondo. Sin embargo, resultará interesante revisar los autos dictados por la Corte de Constitucionalidad durante varios años, a efecto de determinar la jurisprudencia existente al respecto, y advertir como se ha extendido el ámbito de protección en este tipo de casos, de forma tal que la protección liminar solicitada es diferente de la definitiva.

En este tipo de situaciones es difícil determinar cuál debe ser el acto que cuya suspensión se solicite en forma definitiva y qué ha de requerirse en el provisional, así puede citarse el caso en el cual una autoridad judicial o administrativa rechaza *in limine* deniega un medio de impugnación por estimarlo improcedente. La parte que se sienta agraviada señalará como acto reclamado “la resolución que rechazó el recurso”, pidiendo que en definitiva se ordene a la autoridad impugnada la admisión del mismo. Si el peticionario requiere igual protección provisional, la misma habrá de ser denegada, puesto que precautoriamente no podría ordenársele a la autoridad la admisión del citado medio de impugnación sin haber resuelto el fondo del asunto y analizar si efectivamente el rechazo causa agravio y lesiona alguna norma constitucional. Pero, si la protección solicitada consiste en solicitar “la suspensión del proceso en el cual se dictó la resolución que rechazó el recurso”, a efecto de que no continúe su tramitación o no se ejecute lo resuelto, en tanto se resuelve la admisión o no del recurso, la misma podría ser otorgada.

En cuanto a las órdenes positivas en los amparos provisionales, si bien, ésta no es la regla, pues se refieren a actos negativos cuya superación se logra por ordenar el acto positivo, se han decretado. En la mayoría de casos se refieren a asuntos en los cuales se encuentra

en riesgo la vida de la persona y se han dado en situaciones en las que se reclama contra el seguro social por la negativa de éste de brindar medicamentos. La Corte ha resuelto: “las circunstancias sí hacen aconsejable otorgar la protección interina, ya que de no otorgarse éste, se pondría en riesgo la vida de la solicitante del amparo; en consecuencia, resulta procedente confirmar el numeral VII del auto apelado, con la modificación de que la autoridad impugnada continúe brindando el servicio médico necesario que pueda requerir como consecuencia de la enfermedad que padece, entendiéndose que tal obligación implica el tratamiento médico adecuado, incluyendo medicamentos, tratamiento que debe ser verificado sobre la base de estudios realizados por profesionales expertos en la materia, así como los demás servicios tendentes a preservar la salud y vida de dicha persona...¹⁹”

Nótese los efectos del otorgamiento del amparo provisional, fueron en el caso señalado los de brindar un tratamiento médico, el cual deberá realizarse con la supervisión médica especializada.

Es interesante mencionar que se han otorgado amparos provisionales en casos en los que éstos han provocado que el amparo definitivo quede sin materia, pero los efectos gravosos que el no otorgarlos podría ocasionar la hecho que se adopte la decisión de ordenar el acto positivo aun cuando en sentencia pueda quedar sin efecto la protección constitucional. Al respecto puede señalarse un caso en el cual Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, reclamaron contra el Congreso de la República, toda vez que se encontraban frente a la omisión de éste de elegir a un Magistrado titular del mismo, frente a la renuncia de otro de ellos, siendo que la institución se encontraba desintegrada y a las puertas de un evento electoral de carácter nacional se resolvió: “Otorga el amparo provisional a magistrados titulares y suplentes del Tribunal Supremo electoral, y en consecuencia: a) preserva a ellos en el ejercicio legítimo de los cargos para los que fueron

19 Expediente 1248-2008 de 28 de abril de 2008.

electos en Acuerdo legislativo 20-2002; b) ordena al Congreso de la República, dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 127 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, en el sentido de elegir a un magistrado suplente para integrar el Tribunal Supremo Electoral en la forma que lo determina el artículo 123 de la ley citada; c) para los efectos positivos del amparo provisional que se otorga, se fija al Congreso de la República, el plazo de doce horas contadas a partir del momento en que dicho Organismo de Estado reciba la notificación de este auto, para que proceda a la elección antes indicada, observando lo dispuesto para el caso en la Constitución Política de la República y la Ley Electoral y de Partidos Políticos, con las conminatorias a que se refiere el artículo 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.”

En este caso, se consideraron también en el auto del amparo provisional, aspectos a analizar en sentencia, sin embargo, no existía otra oportunidad para hacerlo toda vez que el proceso electoral se encontraba sumamente próximo. De ahí el análisis de que cuando se presenta la inminencia de un grave riesgo, se pueda justificar el otorgamiento de un amparo provisional, aun cuando el amparo por ello pueda quedar sin materia. Siendo ésta una situación sumamente excepcional, extraordinaria, cuando la inminencia del riesgo sea tan gravosa que de no otorgarlo las cosas quedarían en peor situación que de otorgarlo.

V. Los Terceros Interesados en la Legislación Guatemalteca

Respecto de los terceros interesados la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad prevé dos artículos básicos que permiten la vinculación al proceso de amparo de aquéllos que puedan tener interés en el mismo. Así en primer término se regula en el artículo 34 de la ley citada el tema, señalándose: “si la autoridad, persona impugnada o el solicitante de amparo tuviesen conocimiento de que alguna persona tiene interés directo en la subsistencia o suspensión del acto, resolución o procedimiento, ya

sea por ser parte en las diligencias o por tener alguna otra relación jurídica con la situación planteada, están obligadas a hacerlo saber al tribunal, indicando su nombre y dirección y, en forma sucinta, la relación de tal interés. En este caso, el Tribunal de Amparo dará audiencia a dicha persona en la misma forma que al Ministerio Público, teniéndosela como parte”. Esta norma se complementa con la previsión referente a los terceros contenida en el artículo 35 de la precitada ley, el cual establece que: “De estos antecedentes o del informe dará vista al solicitante, al Ministerio Público, institución que actuará mediante la sección que corresponda según la materia de que se trate, a las personas comprendidas en el artículo anterior (terceros), y a las que a su juicio también tengan interés en la subsistencia o suspensión del acto, resolución o procedimiento, quienes podrán alegar dentro del término común de cuarenta y ocho horas”.

De lo anterior se aprecia que la vinculación de terceros al amparo puede surgir del señalamiento de éstos que se realice por parte del postulante de amparo, de la autoridad impugnada, e incluso de quienes a juicio del tribunal posean interés en la subsistencia o suspensión del acto reclamado.

Es interesante mencionar que por la forma en que se redactan las normas referentes a los terceros interesados en el amparo pueden figurar como tales no sólo quienes persigan la suspensión del acto reclamado y coadyuven de alguna manera con el solicitante del amparo, sino también quienes pretendan el mantenimiento del acto contra el cual se reclama en amparo. Le ley señala quienes posean interés en la “subsistencia o suspensión del acto reclamado”, de esa cuenta podrán vincularse terceros con intereses opuestos.

Ahora bien, resulta interesante analizar algunas situaciones que en la práctica se presentan con relación a los terceros interesados por ejemplo la previsión contenida en el artículo 34 la cual señala que el formulante deberá indicar al tribunal el nombre de los terceros y éste les dará audiencia, lo cual ha llevado a la presentación de

quejas por los interponentes de amparos cuando el tribunal no vincula en calidad de terceros a todas aquellas personas señaladas por el peticionario.

Un criterio bastante reiterado por parte de la Corte de Constitucionalidad, aplicado durante la tramitación de los amparos en única instancia, y al resolver recursos de queja por ese motivo, es que la citada norma se complementa con el artículo 35 de la misma ley, el cual señala que el tribunal deberá vincular como tales a quienes a “a su juicio también tengan interés en la subsistencia o suspensión del acto, resolución o procedimiento”, lo anterior, porque en ocasiones el señalamiento del postulante podría tornarse en excesivo y que provocara una demora innecesaria en la tramitación del amparo, o a la inversa, que éste omitiera la vinculación de un tercero necesario y con interés en el asunto.

Por ejemplo, en un proceso penal en el cual se dictó una sentencia absolutoria de segunda instancia, y firme ante la desestimativa de la casación. Al interponerse un amparo por ello, y de no solicitarse la vinculación al amparo del procesado absuelto en el referido proceso penal, podría este verse afectado sin conocer la existencia del amparo, en el caso de que el mismo fuera otorgado y se ordenara el nuevo conocimiento de la casación en el cual el resultado final podría provocar la modificación del fallo absolutorio.

Es necesario entonces que el tribunal que tramita el amparo analice qué sujetos podrían tener interés en el mantenimiento o suspensión del acto reclamado para vincularlos al proceso y evitar lesiones al derecho de defensa de los mismos, pues el dejar a criterio únicamente del solicitante y autoridad impugnada podría provocar que en casos determinados no se permita la participación de aquél que podría tener interés en participar.

Es necesario señalar que en todos los casos deberá notificársele cumpliendo las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil para las notificaciones. En el caso de que un tercero

no pueda ser notificado de ninguna manera por no ser habido, es posible su separación del proceso de amparo, en el entendido que dentro del amparo se discute la violación al derecho que un sujeto ha sufrido y se persigue el cese de la misma, de esa cuenta, no se torna indispensable la participación del tercero, quien tendrá a su alcance las acciones que estime adecuadas para la defensa de sus derechos al momento de estimar lesión a los mismos.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala con relación a los terceros ha estimado que: “es necesario considerar que, dentro de la tramitación de los amparos, la figura de los terceros interesados, pasa a formar parte de los elementos considerados no propiamente como indispensables para la tramitación de los procesos de esta naturaleza; ello, si se considera que este tipo de acciones se circunscribe a determinar la posible violación que una autoridad pudo cometer contra el solicitante del amparo, pasando a un segundo plano el interés que pueda o no poseer el sujeto que intervenga en calidad de tercero interesado; en segundo lugar, ha de acotarse que la no inclusión o separación de un tercero interesado, es una cuestión que puede ser superada o subsanada durante la tramitación normal del proceso en cuestión, con la simple solicitud de éste de ser tenido o tomado como tal. Por ello, puede concluirse que la falta de participación, notificación y en sí, la existencia o vinculación de un tercero interesado, no debe ser motivo suficiente para detener o retrasar la tramitación de este tipo de acciones constitucionales”. Auto de 29 de marzo de 2004, dictado dentro del expediente 559-2004.

“La falta de vinculación como tercero de una persona, como en el presente caso, para ser objeto de impugnación mediante el recurso de queja debe ser producto de una conducta positiva o negativa del Tribunal de amparo ante un requerimiento concreto de cualquiera de los sujetos procesales o, incluso, de aquél que pretende ostentar tal calidad dentro del mismo, siempre que tal actuar sea jurídicamente injustificable”. Auto de 2 de agosto de 2005, expediente 1534-2005. Reiterado en auto de 24 de enero de 2006 dictado dentro del expediente 51-2006.

La Corte de Constitucionalidad, ha considerado que tienen interés en el amparo, aquéllos que han sido parte en las diligencias subyacentes a esta garantía constitucional, lo que fácilmente se determina en los casos de cuestiones judiciales. También ha estimado que: No es tan explícito y por ello requiere una mayor labor de probanza, cuando en otro tipo de planteamientos de amparo, distintos al promovido en materia judicial, se llama a participar como tercero interesado a una persona, pues en éste caso debe probarse por quien solicita tal llamamiento o por quien solicita participar en el proceso como tercero interesado, la relación jurídica con la situación planteada a que se refiere la norma objeto de análisis en este auto.... Para establecer el interés directo... sería suficiente acreditar, en el proceso de amparo, la calidad de parte del llamado a participar como tercero interesado, en el proceso judicial subyacente al proceso constitucional...²⁰”.

VI. Las Audiencias en el Amparo

Los artículos 35 y 37 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad prevén lo referente a la primera audiencia a los interesados y la segunda dentro del amparo. En lo referente a la primera establece el artículo 35 de la Ley precitada que: “Recibidos los antecedentes o el informe, el tribunal deberá confirmar o revocar la suspensión provisional decretada en el auto inicial del procedimiento. De estos antecedentes o del informe dará vista al solicitante, al Ministerio Público, institución que actuará mediante la sección que corresponda según la materia de que se trate, a las personas comprendidas en el artículo anterior y a las que a su juicio tengan interés en la subsistencia o suspensión del acto, resolución o procedimiento, quienes podrán alegar dentro del término de cuarenta y ocho horas”.

20 Expediente tres mil ochocientos diez – dos mil siete de veintiséis de febrero de dos mil ocho.

Respecto de esta primera norma vale la pena puntualizar un aspecto importante, y es que se indica que la audiencia se confiere a los siguientes sujetos:

- Solicitante;
- Terceros y
- Ministerio Público.

Puede apreciarse que debido a que se da vista de los antecedentes o del informe circunstanciado no se confiere la misma a la autoridad impugnada, sin embargo, algunas autoridades impugnadas estiman que merecen el derecho de pronunciarse sobre el contenido del memorial inicial de amparo y desean evacuar la audiencia relacionada presentando sus alegatos y proponiendo sus respectivos medios de prueba. Estimo que las autoridades pueden tener dos momentos para ofrecer sus respectivos medios de prueba, en primer término en el caso en que rindieren informe circunstanciado, pero de haber remitido los antecedentes, facultad que la ley le otorga, deberían hacerlo en la primera audiencia si existen medios de prueba que puedan ser aportados por las partes.

Resulta interesante el tema, pues si se rindiera informe circunstanciado podría ser la primera audiencia el momento oportuno para exponer sus argumentos respecto del escrito de interposición del amparo. Si bien, la primera audiencia es decretada para dar vista de los antecedentes o informe, no debería rechazarse un escrito de la autoridad impugnada en el que ésta se evacúa, debido a las razones expuestas con anterioridad.

Además de referirse a los antecedentes o informe circunstanciado, las otras partes, por lo general se pronuncian sobre el memorial inicial de amparo y emiten sus razonamientos respecto de la procedencia o improcedencia de la acción intentada, y deberán ofrecer sus respectivos medios de prueba, además aquí deberán pedir la apertura a prueba.

Es importante mencionar que vencida ésta el tribunal emitirá una resolución en la que abre a prueba o releva de la misma, en éste último caso deberá notificar esa resolución a las partes para que éstas puedan ejercer su derecho de solicitar vista pública, y si no lo hicieren deberá dictar sentencia.

Ahora bien, de abrirse a prueba, concluida ésta se conferirá una segunda audiencia, a la cual se refiere el artículo 37 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al señalar “Concluido el término probatorio, el tribunal dictará providencia dando audiencia a las partes y al Ministerio Público por el término común de cuarenta y ocho horas, transcurrido el cual, se hayan o no pronunciado, dictará sentencia dentro de tres días”.

Lo anterior implica que resultará lógico que la segunda audiencia servirá para que las partes se pronuncien respecto de los medios de prueba aportados al proceso, realicen un alegato final sobre el contenido del proceso, incluyendo la totalidad de actuaciones dentro del mismo. Asimismo, podrán presentarse argumentos que refuten lo expuesto por las partes que presenten argumentos contrarios en la primera audiencia o que refuercen lo alegado por quienes presenten similares puntos de vista en aquélla.

Será ésta la última oportunidad que presentan los sujetos procesales para alegar de no haber vista pública, por lo que en éste último caso, transcurrida la misma deberá dictarse sentencia.

VII. La Sentencia de Amparo

De conformidad con Manuel Mejicanos Jiménez la sentencia constituye el acto del órgano jurisdiccional que después de considerar el expediente que lo originó o el informe circunstanciado que lo sustituya, así como los fundamentos de hecho y de derecho, las pruebas rendidas y las alegaciones pertinentes, declara la procedencia o improcedencia de la pretensión de la protección a los derechos fundamentales que se han hecho valer en el proceso.

Este tipo de sentencia constituye una de aquellas que en la doctrina procesal se conocen como sentencias declarativas. Esto último es porque la pretensión de amparo es meramente una pretensión declarativa, pues por medio de ella se trata de conseguir una declaración respecto de la tutela de un derecho fundamental, y (amenazado de violación o violado propiamente) y de ahí que por la debida congruencia que debe existir entre la causa petendi y la decisión final, el fallo debe ostentar tal naturaleza. Así la sentencia de amparo será entonces el acto procesal por el cual, una vez agotadas todas las fases de un proceso de amparo, el tribunal que conoce de la pretensión de amparo ante él deducida, se pronuncia respecto de la misma bien estimándola (otorgando el amparo) o bien desestimándola (denegando el amparo)²¹.

La Ley constitucional de la material establece en el artículo 49 que la declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos jurídicos:

- a) Dejar en suspenso en cuanto al reclamante la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida;
- b) Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver, practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto reclamado de antemano;
- c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de ésta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.

21 MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel, “La sentencia de amparo” en Seminario Taller El amparo como garantía constitucional de los derechos humanos, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Guatemala, 2007, pp. 73-74.

Asimismo, se prevé en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que decretada la procedencia del amparo se conminará al obligado para que dé exacto cumplimiento a lo resuelto dentro del término de veinticuatro horas, salvo que para ello fuere necesario mayor tiempo a juicio del tribunal, que en este caso fijará el que estime conveniente. También se apercibirá al obligado con multa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes. Se prevé también la posibilidad de decretar el encausamiento certificándose lo conducente, sin perjuicio de dictarse todas aquellas medidas que conduzcan a la inmediata ejecución de lo resuelto en amparo.

Las cuestiones anteriores permiten apreciar la amplitud con que se regula el amparo en Guatemala, la cual inicia desde las situaciones de procedencia, en las que no existe ámbito que se encuentre excluido de protección por vía del amparo, hasta las facilidades para la comparecencia de aquéllos que encontrándose limitados de recursos, -personas notoriamente pobres-, o sin representante judicial, pueden actuar por medio de un gestor judicial. El amparo en materia judicial, si bien, se ha incrementado considerablemente año con año, éste ha sido el mecanismo que ha permitido superar los vicios al debido proceso en que en estas instancias se ha incurrido. Se ha estimado que en esta rama en ocasiones el amparo se ha utilizado como un mecanismo para demorar los procesos, sin embargo, esta situación no debe desmotivar respecto de la bondadosa institución que es el amparo, pues a través de él se han logrado reparar violaciones a los derechos constitucionales. Si bien, se ha pensado en forma reiterada en reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, también lo es que éstas deberán practicarse con sumo cuidado a efecto que sirvan para consolidar la eficacia de la referida garantía constitucional pero no para limitar su ejercicio.

VIII. Referencias

A. BIBLIOGRAFICAS.

1. ARELLANO GARCÍA, Carlos, El juicio de amparo, Editorial Porrúa, México 1983.
2. BURGOA, Ignacio, El juicio de amparo, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
3. CASTILLO MAYÉN, Víctor Manuel, Prólogo al estudio del amparo, Corte de Constitucionalidad, 2008.
4. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Seminario Jurídico, Documento de trabajo, tema cuatro: El amparo Provisional, 2001.
5. GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo, El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
6. GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón, El amparo fallido, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2004.
7. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Revista Jurídica III. Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2001.
8. NORIEGA, Alfonso, Lecciones de amparo, Editorial Porrúa, México, 1980.
9. PINTO ACEVEDO, Mynor, La jurisdicción constitucional en Guatemala, Serviprensa Centroamericana, Guatemala 1995.
10. SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo, Derecho Constitucional Guatemalteco, Centro Impresor, Piedra Santa, Guatemala, 2000.

11. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo, El proceso de amparo, Estudios Universitarios, Editorial Universitaria de Guatemala, 1980.

B. NORMATIVAS

1. Digesto constitucional guatemalteco, Corte de Constitucionalidad, 2005.

2. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

3. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

4. Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, Disposiciones Reglamentarias.

C. ELECTRÓNICAS

1. www.cc.gob.gt

D. OTRAS REFERENCIAS

1. Gacetas jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad números 1 a 90.

2. Expedientes de la Corte de Constitucionalidad referentes a amparos en única instancia identificados con los números: 366-2000; 717-2001; 403-2001; 649-2001; 982-2001; 1013-2001; 1241-2001; 1249-2001; 1277-2001; 112-2002; 113-2002; 676-2002; 693-2002; 704-2003; 705-2003; 1897-2003; 1924-2003.

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: ALGUNAS CONSIDERACIONES DEL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

JESÚS SORIANO FLORES¹

SUMARIO: 1. Nota Introdutoria - 2. Apuntes en torno a la Pluriculturalidad del Estado Mexicano - 3. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Hoy - 3.1. Tres enfoques Necesarios - 3.1.1. Primer Enfoque: Derecho Consuetudinario Indígena - 3.1.2. Segundo Enfoque: Derecho Internacional de los Derechos Humanos - 3.1.3. Tercer Enfoque: Los Derechos Indígenas en la Constitución (Derecho Estatal) - 4. Los Derechos Humanos colectivos y los Pueblos Indígenas - 4.1. El Reconocimiento de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución, a partir de los Derechos Colectivos - 5. Reflexiones Finales.

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”

Artículo 16 de la Declaración de los
Derechos del Hombre y el Ciudadano.
Francia, 1789.

¹ Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor de la Universidad de Guanajuato y del Instituto Estatal de Ciencias Penales. Académico de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato y Secretario de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos. Profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

1. Nota Introductoria

Agradecemos la oportunidad invaluable que nos ha brindado el muy reconocido jurista Dr. Sergio Cuarezma Terán, quien gentilmente nos ha invitado a colaborar en este importante trabajo; constituye un profundo honor para el que escribe tal deferencia.

Una manera saludable e indispensable de recordar la aparición de la Constitución que nos rige, es reflexionando en torno a ella, y es aún mejor poner énfasis parte relativa a los Derechos Humanos. Nuestra Carta Fundamental es en buena medida, lo que fuimos, lo que quisimos ser, lo que somos, pero también lo que no hemos sido, estas líneas tienen más que ver con ésta última visión.

La problemática que me permitiré abordar, no es privativa del caso mexicano, en términos generales podemos decir que en la orbe completa, que cuenta con aproximadamente trescientos millones de indígenas², encontramos elementos semejantes que los caracterizan. No obstante este paréntesis, en el desarrollo del texto referiré particularmente ideas relativas a nuestro país, y específicamente a nuestra Constitución.

A manera de introducción en el tema, es importante destacar que la búsqueda de significados a los problemas que padecen los pueblos indígenas de México, necesariamente nos remite al año de 1492, tiempo en el que los europeos al haber creído que encontraban las indias, denominaron precisamente “indios”, a las personas nativas del espacio que habitamos, denominación que desde esa época, integró múltiples elementos que consideraban al indígena como una persona inferior a esos europeos, denominación, que lamentablemente conserva en la actualidad algunos de esos elementos. Como lo señala el que por fortuna fue mi profesor en mis estudios de maestría, el Dr. Jorge González Galván, “en los casi cinco siglos recientes, los pueblos indios de México han

2 Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

coexistido en una sociedad que los excluye; los procesos colonial y nacional no reflejaron en sus naciones ni en la realidad, el respeto a las diferencias culturales”³.

Son muchos los intentos que algunos han emprendido con la finalidad de eliminar a los pueblos indígenas, sin embargo, estos pueblos existen, y sobreviven en las condiciones socioeconómicas más precarias, podemos decir que el mapa indígena, encaja perfectamente en el mapa de la pobreza extrema de nuestro territorio.

Además la indiferencia y la insensibilidad, cuando hablamos de los pueblos indígenas, se hacen presentes en nuestra sociedad de manera espontánea, y es que la marginación de los mismos se manifiesta como algo normal, o peor aún, lo que algunos piensan: como algo que ellos quieren, que ellos mismos decidieron. La discriminación, es pues en el caso mexicano, alarmante y evidente, tal y como lo documentó la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México publicada en el año 2005⁴.

No omitimos manifestar, que los problemas de estos pueblos no solamente tendrán solución cuando estos adquieran mejores condiciones económicas, sino que únicamente, esta sería una de las manifestaciones si la justicia social tuviera eficacia para estas comunidades. El problema esencial, creemos, está salpicado primordialmente de factores culturales (entre los que se encuentra el jurídico y que es el que trataremos en este texto), y no precisamente económicos.

3 González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-hill, 1997, p. 32.

4 Realizada por el CONAPRED y SEDESOL en Mayo de 2005, en la que entre otras cosas, algunas personas no indígenas expresaron lo siguiente:

- 43% opina que los indígenas tendrán siempre una limitación social por sus características raciales.
- Uno de cada tres opina que lo único que tienen que hacer los indígenas para salir de la pobreza es no comportarse como indígenas.
- 40% de los mexicanos está dispuesto a organizarse con otras personas para solicitar que no permitan a un grupo de indígenas establecerse cerca de su comunidad.

Como lo veremos, es indispensable que más allá de la pluriculturalidad que establece nuestra Carta Magna en su artículo 2º, tengamos perfectamente claro que nuestra nación constituye una comunidad política, pero de ninguna manera una comunidad cultural. Todas y todos debemos decir esto muy fuerte, y más aun, defenderlo. Este es un problema nacional, es tiempo ya, de que los problemas de las personas que compartimos el territorio mexicano, sean una preocupación general, sobretodo, por que se extiende a más de cinco siglos manifestándose como la acción discriminatoria más grande de nuestros tiempos.

El comienzo del siglo pasado con una Revolución, fue sin duda uno de los momentos más importantes en los que los pueblos indios creyeron que por fin encontrarían la solución paulatina a sus problemas, fundamentalmente al respetarse su forma de ser y de actuar, sin embargo, este respeto no se hizo presente. Los regímenes que surgieron de la Revolución de 1910, consideraron que no se podía concebir un desarrollo integral del país, con una variedad cultural, por lo que debía propiciarse el establecimiento de una sola lengua, una sola religión, un solo derecho, en resumen, una unidad cultural, violentando de esta manera los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Pero, ¿a cuáles derechos humanos nos estamos refiriendo?, aunque esto lo veremos más detalladamente en el desarrollo del texto, la respuesta es *a los derechos humanos colectivos*, que son derechos de colectividades humanas, y que constituyen prerrogativas que por ejemplo en la Revolución Francesa (uno de nuestros antecedentes ideológicos) no tuvieron cabida, lo cual tiene repercusiones hasta nuestros días, en virtud de que algunos aún consideran que los derechos humanos solamente son los individuales.

Este breve estudio, pues, enfatiza la necesidad de replantearnos la necesidad de revisar nuestra Constitución, a través de la mirada profunda de los Derechos Humanos.

2. Apuntes en torno a la Pluriculturalidad del Estado Mexicano

El artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.P.E.U.M.), señala que “la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”, lo que significa entre otras cosas que existen diversas formas y concepciones de vida y de organización. Reconocer la diversidad cultural, implica reconocer el derecho a ser diferente. Pero esta consideración constitucional es sumamente reciente, escribamos un poco de ello.

El proyecto de nación basado en la igualdad de todas las personas aunado a la libre concurrencia y competencia económicas, sirvió de fundamento a la desigualdad y asimetría que desde entonces han caracterizado las relaciones sociales, económicas y políticas de las sociedades latinoamericanas y han configurado la situación de marginalidad característica del proyecto de desarrollo dominante; que en el caso de los pueblos indios, asumió *dimensiones etnocidas*⁵.

Así como se diseñó un *Estado Federal*, que era *Central*, también se consideró que la nación mexicana se encontraba constituida por *una sola cultura*, atropellando los derechos humanos de los pueblos indios mediante la creación de una ficción que aún subsiste, y que en gran medida es responsable de la marginación en la que viven aproximadamente el 11% de la población.

Como adelantábamos al iniciar este apartado, el reconocimiento en el nivel constitucional de la pluriculturalidad del Estado Mexicano es muy reciente, “no fue sino hasta la década de los 80’s cuando se reconoce en el discurso político, la pluralidad cultural y lingüística de la sociedad nacional y la necesidad de replantear el

5 Valencia Enrique, “Etnocidio y Perspectivas étnicas”, *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., México, UNAM, p.11-12.

modelo de desarrollo de la nación mexicana”⁶, y así por su parte “el movimiento indígena poco a poco se fue replegando hacia una lucha cada vez más local y comunitaria, instrumentando al mismo tiempo, proyectos alternativos en la búsqueda de opciones propias de desarrollo;”⁷ y hasta 1992 se introdujo al artículo 4° constitucional, la *Pluriculturalidad del Estado Mexicano*, con lo cual, tras un periodo de 500 años, se reconoció a la nación mexicana como *pluriétnica y pluricultural*.

En este orden conceptual, como bien lo documentó Araceli Burguete, fue “hasta el último día de sesiones de la LIV Legislatura del Congreso de la Unión – unos minutos antes de que ésa cerrara- en que finalmente se logró que la iniciativa para reformar el artículo 4° constitucional fuera aprobado”⁸, aunque como sabemos sin reconocer, como hubiera sido deseable, a los pueblos indios como sujetos de derecho.

Por lo tanto, aunque es cierto que existe un avance en la tan esperada reforma de 1992, en términos generales estamos en presencia de una mera declaración. Impresionantemente casi al concluir el siglo (que comenzó con la luz revolucionaria que vislumbraban las y los indígenas mexicanos) la Constitución es reformada en materia de derechos indígenas, con un contenido precario.

El reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de la Nación, además implica entre otras cosas como lo ha descrito López y Rivas, superar la visión decimonómica, desgraciadamente todavía en boga entre importantes sectores de la clase política mexicana, que considera que el principio de igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley es contradictoria y excluyente de una política de trato preferente y compensatorio que asuma el

6 Hernández Natalio, “Los pueblos Indígenas hacia el nuevo milenio”, en *Etnicidad y derecho: Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., México, UNAM, 1996, p. 247.

7 *Ibid.*

8 Burguete Cal y Mayor, Araceli, “Derechos territoriales de los pueblos indígenas”, *Memoria*, México, CEMOS, núm. 98, abril de 1997, p.23.

respeto a la diversidad lingüística y cultural de entidades étnico-nacionales que optan por mantenerse como pueblos y demandan ser reconocidos como tales dentro de los marcos del Estado Nacional⁹. Y superar esta visión, significa que “los pueblos indios además de ser sujetos de las leyes y disposiciones constitucionales que como ciudadanos les corresponden, complementariamente deben ser sujetos de una estipulación constitucional a partir de la cual se establezcan formas específicas de autonomía y de representación nacional, estatal y municipal, más allá de lo que estipulaba ese artículo 4° de la Constitución.¹⁰

Con el afán de establecer un enunciado que exprese una primera conclusión, podemos decir que México entonces, es una *comunidad política*, pero *no una comunidad cultural*; por lo tanto, *mexicanos*, significa *identidad política*, *no identidad cultural*. En este sentido, los Derechos Humanos, deben partir de esta concepción de la realidad política, social y jurídica que conforma nuestra Nación.

3. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Hoy

3.1. Tres enfoques Necesarios

A pesar de que el presente estudio se centra en un análisis constitucional (derecho estatal mexicano), sabemos que para obtener un panorama integral acerca de los derechos indígenas, tenemos que indagar necesariamente en otros dos rubros¹¹: derecho consuetudinario y derecho internacional. A continuación y de manera muy breve hablaremos un poco de estos dos rubros, para después concentrarnos en el análisis constitucional en comento.

9 López y Rivas, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2ª. ed., México, UIA, 1996, p.94.

10 *Ibid.*

11 Se recomienda consultar el Folleto Derechos Humanos de los Pueblos y Personas Indígenas: 10 Preguntas Básicas, producido por la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato en Marzo de 2007, editado por Manuel Vidaurri Aréchiga, Fátima Rostro Hernández y Jesús Soriano Flores.

3.1.1. Derecho Consuetudinario Indígena como primer enfoque

El Derecho Consuetudinario, constituye una serie de reglas que son aceptadas por los miembros indígenas de un Pueblo o Comunidad, las cuáles se han transmitido de generación en generación y son generalmente orales.

Nos encontramos en una etapa en la que la concepción positivista del derecho hegemónica, es fuertemente cuestionada, “el Estado y su sistema jurídico, no pueden ser considerados por más tiempo como el mejor, ni el único garante del orden social, contrariamente a una opinión largamente difundida en los medios jurídicos y hasta cierto punto en el campo de la antropología jurídica”¹², además de que “la costumbre como base y fundamento del orden social, precede en mucho al Estado de Derecho moderno, y persiste como tal ahí, donde éste no ha conseguido aún eliminarla.”¹³. El tratamiento jurídico, debe ser ante todo, tolerante y respetuoso de los derechos humanos colectivos.

En relación con este enfoque, el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT¹⁴, señala que:

“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”, y “que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean

12 Nicolau Augusti, y Bachon Robert, “Etnicidad y Derecho”, en *Etnicidad y Derecho: Un diálogo postergado entre los científicos sociales...*, Op. cit., p.281.

13 *Ibid.*

14 Contiene el reconocimiento más importante de los derechos de los pueblos indios que se ha plasmado en un documento de naturaleza jurídico-vinculante acorde con nuestro sistema de leyes. Se recomienda consultar el siguiente título, que contiene además del Convenio de referencia, una amplia compilación de Documentos relativos al tema: Vidaurri Aréchiga, Manuel, Pérez Guerra, José Manuel, (Compiladores), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004, 200 pp.

incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

3.1.2. Segundo Enfoque: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

De acuerdo con Carlos Villán Durán, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se define como el sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, las cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.

En el caso de nuestro país, el Derecho Internacional forma parte de nuestro Sistema Jurídico, de conformidad del artículo 133 Constitucional, que como suelo decir reiteradamente a mis alumnas y alumnos (espero sin fastidiarlos), debe ser aprendido cabalmente, en virtud de la importancia que representa para el tema de los Derechos Humanos, ya que entre otras cosas, incorpora a los Tratados Internacionales como parte de la denominada “ley suprema de la unión”. Y mencionamos esto porque además recordemos que en materia de derechos humanos, en términos generales, los criterios más progresistas se encuentran detallados en los documentos internacionales, ya sea Tratados o Declaraciones, lo que se evidencia claramente en el tema que abordamos específicamente con dos instrumentos: El Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, esta última que apareció en el año 2007 después

de un largo y sinuoso camino de casi 20 años, y que sin duda, debe ser el referente obligado de las próximas normas jurídicas que tendrán que aparecer en la materia.

3.1.3. Tercer Enfoque: Los Derechos Indígenas en la Constitución (Derecho Estatal)

El tercer enfoque, al que necesariamente nos debemos referir lo constituye el del Derecho Estatal, que en nuestro estudio se concentrará en la Constitución.

Como apunte introductorio a este apartado, tenemos que tener en cuenta que como ya lo veíamos en párrafos precedentes, el Estado Nacional Mexicano es producto de una ideología determinada que trató de unificar culturalmente al país, considerando jurídicamente a la sociedad homogénea, “su ideal procesado, era el de una asociación libre de ciudadanos, que se ligan voluntariamente por contrato; incluía la libertad y la igualdad de derechos de todos los contratantes, cuya mejor expresión se dio en las declaraciones de derechos humanos de las revoluciones norteamericana y francesa”¹⁵. Así, el Estado era visto “como el resultado de la voluntad concertada de individuos autónomos que suponía, por lo tanto, la uniformación de una sociedad múltiple y heterogénea y la subordinación de las diversas agrupaciones y comunidades, detentadoras, antes de diferentes derechos y privilegios, al mismo poder central y al mismo orden jurídico”¹⁶.

Como magistralmente lo señala Luis Villoro, “es frecuente que un Estado abarque varias comunidades culturales con orígenes históricos diferentes, como en España, Italia y la antigua Unión Soviética y a la inversa un pueblo con una unidad de cultura a menudo está dividido entre varios Estados, como es el caso de

15 Villoro, Luis, “Los pueblos indios y el derecho de autonomía”, *Etnicidad y derecho: Un diálogo Postergado entre los científicos sociales...*, *Op. Cit.*, p. 125.

16 *Ibid.*

Irlanda, de América del Kurdistán”¹⁷. Y concluye el autor diciendo que “los Estados del “tercer mundo” llevan, por su parte la huella de una violencia histórica: la denominación colonial”¹⁸. Entonces podemos afirmar que el Estado, surge con un vicio de origen que intenta imponer la unidad cultural que nunca ha existido, sin reconocer la heterogeneidad de la población mexicana, a la que ya hicimos referencia en el capítulo anterior.

En la Constitución de 1824, “la división política no tomó en cuenta los territorios de las etnias indias y de origen africano, ni *el pluralismo jurídico humano* el derecho consuetudinario de éstas”¹⁹. Los legisladores del 57’, también se olvidaron de los pueblos indígenas, y en la Constitución de 1917, los pueblos indígenas tampoco fueron tomados en cuenta. Así “en los casi cinco siglos recientes, los pueblos indios de México han coexistido en una sociedad que los excluye; los procesos “colonial” y “nacional” no reflejaron en sus naciones ni en la realidad, el respeto a las diferencias culturales tampoco apoyaron el desarrollo socioeconómico de los pueblos indios”²⁰.

La Constitución de 1917 entonces “no reconoció la pluralidad cultural del país y por tanto, se definió la nacionalidad mexicana a partir de una sola lengua, un territorio, una historia, y una cultura común”²¹; constituyendo éste, un acto imperdonable del constituyente del 17’, que continúa con el desconocimiento constitucional del indígena²².

17 *Ibid.*, p.126

18 *Ibid.*

19 López Bárcenas, Francisco, *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.- Su validez y problemas de aplicación en nuestro país*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1996, p. 59.

20 González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Indígena...*, *Op. cit.*, p.32.

21 *Ibid.*, p. 34.

22 No omitimos manifestar que aunque en la Constitución de 1917 no hubo mención expresa de los pueblos indígenas, el legislador les llamó en el artículo 27 comunidades, aunque como lo apunta Durand Alcántara en la lógica del lenguaje y de la juridicidad, encontramos que, en la medida en que el Estado reconoce la existencia de comunidades [...], está solamente advirtiendo el supuesto de la existencia de entidades cuya presencia no va más allá del pequeño espacio agrario en que se ubican, sin tomar en cuenta la historia, cultura, idioma, etcétera, de cada una de estas minorías nacionales.

Así tenemos, que la Constitución Política de 1917, que abrogó a la de 1857, violentando derechos humanos de los pueblos indígenas, impone un tratamiento jurídico igual a los desiguales, olvidando por completo la idea aristotélica de igualdad que tanto trabajo nos ha costado entender²³.

Como ya decíamos, fue hasta 1994, cuando nuestra Constitución reconoció el carácter pluricultural de la nación mexicana, “no obstante, la concepción del desarrollo nacional sigue:

...negando en los hechos la posibilidad de un proyecto indígena de autodesarrollo; lo que ha sido ilustrado por los dramáticos acontecimientos recientes de Chiapas. Admitir y aceptar el derecho a las diferencias, creo que es una convicción general de la sociedad mexicana actual, incluidas las instituciones estatales. Es sobre todo una convicción arraigada de la sociedad civil, como también lo demuestran los acontecimientos de Chiapas. Sin embargo sigue siendo cuestionable la traducción de esa convicción en políticas concretas que posibiliten, estimulen y apoyen el desarrollo a partir de las diferencias etnoculturales. La demanda de una política de democratización de la sociedad mexicana, que el EZLN ha planteado como el marco esencial en que define sus demandas, está estratégicamente relacionada con la reivindicación de la autonomía y las posibilidades reales de autogestión, para diseñar y llevar a cabo un proyecto de desarrollo propio, fundado en el control de los recursos culturales étnicos y de las posibilidades para disponer de ellos autónomamente”²⁴.

Es pues, lamentable y además penoso históricamente, que los actores políticos de la década pasada, tuvieran que haber esperado el levantamiento de un grupo armado, para anotar en sus agendas los reclamos fundamentales de los pueblos indígenas. Y es muy

23 “Tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales”

24 Valencia, Enrique, “Etnocidio y Perspectivas étnicas”, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado...*, Op. Cit., p.13.

importante referimos a este momento histórico, en virtud de que los documentos de carácter normativo, que más trascendencia han tenido en las discusiones legislativas de los últimos 10 años, surgieron de dicho momento. Nos referimos por supuesto a los Acuerdos de San Andrés Larráinzar²⁵ y al Proyecto de Reformas Constitucionales de la COCOPA²⁶, que son los antecedentes inmediatos de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena del año 2001.

En síntesis, la Constitución del 17, a pesar de tener muchas virtudes que fueron y son reconocidas internacionalmente, en el ámbito garantista de los derechos indígenas fue deficiente, y tanto las reformas de 1992 y la de 2001, creemos, siguen siendo insuficientes para garantizar los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas, entre otras cosas, y refiriéndonos específicamente a la reforma de 2001, porque no contemplan mecanismos constitucionales de validación, y además porque no parten del reconocimiento de estos pueblos como sujetos de derecho. Este breve estudio no concentra su atención en el análisis de la reforma de 2001 (artículo 2), pero si tratará de establecer algunos elementos mínimos que deben ser nuevamente replanteados en las discusiones legislativas sobre el tema.

4. Los derechos humanos colectivos y los pueblos indígenas

“Es muy probable que los factores económicos sean los responsables más directos de las aceleraciones históricas, pues el hambre no puede esperar la cristalización de las ideas”.

Juan Antonio Travieso

25 Acuerdos firmados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (representando a los indígenas) y la representación del Poder Ejecutivo Federal el 16 de febrero de 1996, y su contenido toma como base fundamental el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, como sujeto de derecho colectivo.

26 Constituyó una Comisión mediadora, propuesta por el entonces presidente de la República, Ernesto Zedillo, con motivo del levantamiento del EZLN en Diciembre de 1994. Dicha Comisión se compuso por legisladores del PRI, PRD, PAN y PT, y la propuesta de Reforma Constitucional se concluyó en Noviembre de 1996.

De manera muy sencilla, podemos decir reiterando las ideas plasmadas, que las personas indígenas, tienen derechos humanos individuales como personas, y derechos humanos colectivos como pueblos.

Los derechos individuales son los que tenemos todos los seres humanos y están consagrados en la legislación nacional, así como en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Algunos de estas prerrogativas son el derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona, etc. Y los derechos específicos de los pueblos indígenas “como pueblos”, son los derechos colectivos, entre los que se encuentran el derecho a la cultura, el derecho a la libre determinación, y el derecho a las tierras y territorios.

No obstante, es importante tener en cuenta que esta concepción de “derechos colectivos” no tiene una aceptación unánime en la doctrina, pues algunos piensan que “en la medida en que los derechos humanos son individuales, de la persona, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos... los derechos humanos, en sentido estricto, no son propios de los grupos sociales, cualesquiera que sean sus características”²⁷. Sin embargo, como lo señala el maestro Rodolfo Stavenhagen, sin duda uno de los estudiosos más importantes en la cuestión indígena, esta afirmación aunque parece lógica e irrefutable, debe ser cuestionada, por lo que a continuación apuntaremos los razonamientos que sintetiza Ordóñez Mazariegos²⁸; del autor precitado.

En primer lugar, es preciso reconocer que ciertos derechos humanos individuales, solamente pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva. Así los derechos políticos (el derecho a la libre asociación) y los económicos (el derecho a pertenecer a un sindicato), no pueden concebirse, más que como ejercicio colectivo.

27 Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado...*, *Op. Cit.*, p. 215-216.

28 *Ibid.*

En segundo lugar, siendo la naturaleza del ser humano eminentemente social, las principales actividades alrededor de las cuales se ha constituido el debate sobre los derechos humanos, se realizan en grupos y colectividades con personalidad propia. En consecuencia el ejercicio de numerosos derechos humanos, solamente puede realizarse en el marco de estas colectividades, que para ello deberán ser reconocidas y respetadas como tales por el Estado y la sociedad en su conjunto.

Por lo tanto, la conclusión provisional y normativa que emana de estos razonamientos de Stavenhagen es muy precisa: “*los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueva a su vez los derechos individuales de sus miembros.*”²⁹

La discusión legislativa en nuestro país, en ocasiones toma rumbos erróneos, “es una falsa disyuntiva polarizar unos derechos sobre de otros, así como la diferencia de planteamientos sobre la igualdad, la homogeneidad y la exclusividad de los derechos individuales para los pueblos indígenas, el reconocimiento a sus derechos colectivos es la mejor forma de garantizar el ejercicio de sus derechos individuales y sociales que han sido privados del goce de éstos.”³⁰

En estos momentos es necesario recordar que los *derechos individuales* de los indígenas, en términos generales, *no están en discusión*, al menos en el aspecto estrictamente jurídico, que lo que se plantea es el reconocimiento de derechos colectivos, y al respecto ha existido dentro de los últimos años, a partir sobretodo del surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, una polémica que confunde la esencia del problema, así algunos autores afirman que “pedir reconocimiento de derechos diferentes

29 *Ibid.*

30 Campa Mendoza Víctor, *Las insurrecciones de los pueblos indios en México: La rebelión Zapatista en Chiapas*, 2ª ed., México, Ediciones Fondo Internacional de becas para estudiantes indígenas, 2001, p. 347.

es cuestionar el principio de universalidad, es crear inaceptables regímenes de excepción, derechos especiales, establecer discriminación positiva, y en ésta última instancia, vulnerar uno de los pilares del orden jurídico; sin embargo, todo sería válido si se plantean derechos para los indígenas en tanto a personas, a diferencia de la realidad social que permanece, porque los pueblos indígenas persisten, han practicado y practican formas de organización social y política, y cuentan con culturas diferentes que por lo demás están en nuestras raíces como nación, que ninguna de las garantías individuales permite la adaptación a estos derechos colectivos, a esos derechos de pueblo, a este nuevo sujeto jurídico.

Estimamos que el derecho es finalmente (*y en principio*) un producto cultural, como ya también lo referimos, y en nuestro país, “la diversidad cultural, no se puede negar; existe, es una realidad. Lo que no existe hasta hoy, es un marco propicio para que las diferentes culturas puedan acceder al desarrollo integral, individual y colectivo. Para esto es necesario que el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas y de otros pueblos originarios, marginados, discriminados y oprimidos, derechos negados hasta hoy, trasciendan al discurso y a las declaraciones de buena intención;”³¹ de otra manera seguiremos encaminando las acciones, tanto de la sociedad civil, como gubernamentales, hacia *el etnocidio*³², que en la declaración de San José Costa Rica de 1978, significó, que a un grupo étnico, se le niegue su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua, lo que implica una forma extrema de violación masiva de

31 Menchú Tum, Rigoberta, “Mensaje a las VIII Jornadas Lascasianas”, *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica...*, Op. Cit., p. 17.

32 Dicha declaración, “consideró el etnocidio (genocidio cultural) como un delito de derecho internacional, al igual que el genocidio, basado en el derecho a las diferencias, a los principios de autonomía requeridos por los grupos étnicos, a las formas propias de organización interna en todas sus manifestaciones; se hizo patente en su decimoprimer y doceavo puntos, que el desconocimiento de los principios aludidos, constituye una violación flagrante del derecho de todos los individuos y los pueblos a ser diferentes, y a considerarse y a ser considerados como tales (derecho reconocido en la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios raciales adoptada por la Conferencia General de la UNESCO 1978).

los derechos humanos, y particularmente del derecho a los grupos étnicos al respeto de su identidad cultural, tal como lo establecen las numerosas declaraciones, convenios, y pactos de las naciones unidas y sus organismos especializados.

4.1. El Reconocimiento de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución, a partir de los Derechos Colectivos

A pesar del limitado reconocimiento de derechos colectivos en la Reforma Constitucional de 2001, es importante seguir insistiendo en la necesidad de construir una nueva normativa garantista que parta de la idea de derechos humanos colectivos, las siguientes líneas con las que nos acercamos al final del artículo, tratan de ello.

Una de las características esenciales de las normas jurídicas, es su constante cambio, como bien lo apunta Héctor Cuadra “el derecho, que es un bien social superior, se concreta en un sistema de principios de justicia positiva y de orden social que constituyen un canon de civilización, al menos en aquellos pueblos que por su desarrollo cultural han conseguido, con el decurso de los siglos a alcanzar un alto nivel moral”; es por ello que todo ordenamiento jurídico positivo puede y debe ser examinado para comprobar hasta qué punto esos principios presiden la normativa legal y la práctica jurídica, pues todo lo que sea contribuir a perfeccionar el bien entendido sentido del derecho, es contribuir al proceso civilizador.

La tesis planteada, propone que en nuestra Carta Magna se asigne a los pueblos indígenas, la categoría de *sujetos de derecho*, y como consecuencia de ello, de derechos humanos colectivos, la Constitución es la que debe contener estos derechos, ya que, constituye la ley suprema de la nación que contiene las normas jurídicas fundamentales, derivándose de ella la demás legislación. Además, como lo mencionan entre otros, el Doctor Jorge Carpizo,

los principios esenciales de la Constitución, son además de la idea de soberanía, la división de poderes, el sistema federal, el sistema representativo, la supremacía del estado sobre las iglesias y la existencia del juicio de amparo como medio fundamental de control de la constitucionalidad, *la existencia de los Derechos Humanos*. En este tenor, nuestra Constitución, y hablando de derechos humanos, debe garantizar los mismos en las dos dimensiones de los seres humanos: la individual y la colectiva.

En esta ocasión, no abundaremos en cada uno de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas, sólo nos limitaremos a decir que entre ellos se encuentran el derecho a la cultura, el derecho a la libre determinación, y el derecho a las tierras y territorios³³, todos ellos derechos humanos, que aun siguen pendientes.

5. Reflexiones Finales

Hoy es un buen día para recordar un aniversario más de la Constitución, entendido su nacimiento como una de las consecuencias más significativas de la Revolución con la que comenzó el Siglo. El texto discutido y promulgado en el Teatro de la República de la Ciudad de Querétaro, es el punto de partida para constituirnos en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

33 El DERECHO A LA CULTURA, entendida como el conjunto de rasgos distintivos espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social, acepción que incluye los modos de vida y la producción de bienes económicos y simbólicos, los sistemas de valores, las creencias y las opiniones.

El DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN, que consiste en establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural; y al ejercer esta prerrogativa, tienen DERECHO A LA AUTONOMÍA o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.

El DERECHO A LAS TIERRAS Y TERRITORIOS que poseen en razón de la propiedad tradicional, así como a los que hayan adquirido de otra forma.

Ahora bien, si concentramos nuestra mirada en el ideario que construye los derechos humanos dentro de nuestra Carta Magna, advertimos que el catálogo de éstos, aunque no con esta denominación, es amplio y comprende derechos: *civiles* como en el caso del primero de sus artículos; *políticos*, en el numeral 35 por ejemplo; y *económicos, sociales y culturales*, en los dispositivos 3, 27 y 123. Nuestra Constitución ha sido motivo de orgullo nacional por la claridad de su visión y la nitidez de sus definiciones, sin embargo, a casi un siglo de su creación, admite y más aun, necesita la mirada crítica de los que contemplamos este tiempo de vida, tanto en su propio texto, como en las consecuencias del mismo.

En este orden de ideas, podemos situarnos en un momento para la reflexión que se bifurca de la siguiente manera. Primeramente, es importante tener en cuenta que una serie de fragmentos de nuestra ley fundamental que están o faltan ahí, viven el desencuentro con su tiempo, y en su ejemplo más sensible y latente, encontramos el restringido reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en donde ha brillado sin cesar por su ausencia, la conciencia colectiva de nuestros legisladores federales, y en el caso de algunas entidades federativas, como la nuestra, la falta de una ley que a partir de la multicitada reforma de 2001, los legisladores estaban obligados a desarrollar la legislación en la materia³⁴.

Por otra parte, nuestro texto constitucional, sigue teniendo un carácter mitológico en algunas de sus partes, como en su artículo 123, cuando menciona que “los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”, mención absolutamente alejada de la realidad, que inclusive ha recibido observaciones y recomendaciones por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que ha manifestando su preocupación

34 Dicha afirmación, en reiteradas ocasiones fue expresada por el Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga, ex Ombudsman Guanajuatense, como puede apreciarse en Informes Anuales de Actividades de su gestión.

por la disminución del poder adquisitivo en México durante los últimos años.

Por lo tanto, sin dejar de reconocer sus aciertos, *por una parte*, nos encontramos ante la limitada vigencia del texto constitucional, y *por otra*, ante los frustrados mecanismos que los gobiernos postrevolucionarios han adoptado para la plena efectividad de algunos de los derechos fundamentales que contiene.

El notable jurista mexicano Diego Valadés ha dicho que “el imperativo de la Política en el periodo revolucionario era el cambio radical, y en las etapas sucesivas ha sido el cambio paulatino”, yo diría que ahora el poder político debe nuevamente pugnar por otro cambio radical, no como el del 17’, pero sí uno que se ocupe de encauzar las acciones legislativas y ejecutivas fundamentalmente, hacia la justiciabilidad en el caso que nos ocupa, de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas.

Estamos convencidos que la solución a los problemas que enfrentan los pueblos indígenas, no se encuentra únicamente en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos de estos grupos, sin embargo, este reconocimiento sí constituye uno de los puntos de partida para que las cosas se encaucen por caminos justos. Estamos de acuerdo con el artículo 7º de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, que establece que “junto a las medidas políticas, económicas y sociales, el derecho constituye uno de los principales medios de conseguir la igualdad, en dignidad y en derechos, entre los individuos, y de reprimir toda propaganda, toda organización y toda práctica que se inspiren en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de grupos raciales o étnicos o que pretendan justificar o estimular cualquier forma de odio y de discriminación raciales...”.

Después del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en la década pasada, y que propició los Acuerdos de San Andrés Larráinzar y la propuesta de Reforma Constitucional

elaborada por la COCOPA, los indígenas mexicanos, al igual que al comenzar el siglo pasado, sin duda esperaban una reforma constitucional que reconociera plenamente sus derechos, situación que al día de hoy sigue sin concretarse.

Nuestra sociedad, como lo comentamos en nuestra introducción, es profundamente discriminatoria³⁵, así lo expresó Don Gilberto Rincón Gallardo, indicando que esta clase de sociedades son fragmentadas, desiguales, proclives a la violencia y con escasos vínculos de solidaridad, y que en cambio, las sociedades donde se lucha contra la discriminación son más prósperas, más coherentes, más libres y más solidarias. Aquí se dibuja claramente uno de los retos que tenemos, y que de manera particular tiene el Derecho, haciendo uso entre otras cosas de acciones afirmativas.

Los individuos pertenecemos como parte esencial de nuestra naturaleza a colectividades, así, en el marco de esos grupos humanos se vive la vida personal y la vida colectiva, que integran la identidad del ser humano. Si dicha identidad no se respeta como en el caso de los pueblos indígenas, se vulneran derechos humanos.

Sabemos que el proceso que se emprenda para la reposición de la estructura del Estado Mexicano, en la que incluya a los pueblos y comunidades indígenas con todos sus derechos humanos, es arduo, sin embargo debe comenzar ya. Nuestra Constitución, entonces en el tema desarrollado, merece, de manera impostergable una revisión profunda, que tiene que ver con criterios elementales de justicia acordes con la dignidad humana que hoy, por fortuna, han sido sistematizados por la hermosa teoría de los Derechos Humanos.

35 Es común llamar despectivamente indio, a aquél que no sabe comportarse, que no tiene la aptitud de relacionarse satisfactoriamente con el resto de la sociedad, o incluso al que está sucio, al ignorante. Dice Veronique Flanet, en su libro: "Viviré si Dios quiere", que "el mestizo, como en todos lados se considera superior al indígena, los inditos, los indios, la gente indígena se oye decir. Muchos van más lejos en sus calificativos: los indios son brutos, incultos, ignorantes, incapaces, etc.; algunos mestizos atribuyen la ignorancia del indígena a la falta de información y cultura. Pero son pocos los que piensan así: atribuir la torpeza del indio a la falta de información, sería en cierto modo, plantear una autocrítica y correlativamente la conciencia de la necesidad de un cambio."

ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

PAUL RUEDA LEAL¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Interés superior del niño: ¿Qué es un niño?. III. Interés superior del niño: ¿Cómo se conforme el interés? IV. Interés superior del niño: ¿Cualidades de la noción de superior? V. Doble naturaleza del Interés Superior del Menor (Principio y Derecho).

I. Introducción

Este año se celebra el vigésimo aniversario de la aprobación por parte de la ONU de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. De ahí que resulte propicio que la academia analice diversos aspectos del Principio del Interés Superior del Menor, eje angular de la Convención. En lo particular, este ensayo pretende aportar algunos elementos útiles para una mejor precisión técnica del instituto, lo que deviene indispensable a fin de evitar arbitrariedades en su aplicación merced a su ambigüedad. En efecto, el hecho de que los operadores del derecho con frecuencia no exterioricen los motivos con que fundamentan el empleo del principio en sus resoluciones, impide un control intersubjetivo de la razonabilidad de su aplicación. No obstante, de ninguna forma

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Frankfurt am Main, Alemania. En la actualidad, funge como Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica y Letrado de la Sala Constitucional de ese país. Profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

se aspira a una definición, toda vez que estamos a un concepto jurídicamente indeterminado.

Como sucede con frecuencia en los sistemas positivos, los principios se enuncian pura y simplemente. Se entiende que en tanto pautas para la conducta, estos no pueden estar sometidos a un encasillamiento conceptual férreo. Sin embargo, una absoluta vaguedad atenta contra las requeridas certeza jurídica y obligación de imparcialidad del juzgador. Por tales motivos, entre otros, se deben utilizar diversas técnicas para corporeizar a los principios y hacer viable su aplicación con tintes de mayor intersubjetividad.

Precisamente, en el caso del Interés Superior del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño se limita a citarlo en varios artículos (3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 20.1 21, 37, 40.2). Si bien tales normas dan pistas de qué se puede considerar como superior (verbigracia, el derecho del padre o la madre a tener relación personal con el hijo está subordinado a que el último se beneficie, ergo, el sujeto de tal derecho en realidad es el menor), lo cierto es que la academia aún está distante de una explicación sistemática del mismo² y su concreción depende de la manera en que sea aplicado por parte de la autoridad administrativa y, primordialmente, de la jurisdiccional.

II. Interés superior del niño: ¿Qué es un niño?

El artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende “por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

El criterio de la edad remite a un fenómeno de la naturaleza objetivamente demostrable para determinar hasta cuándo se es niño. Lo anterior resulta indispensable por razones de seguridad

2 Zermatten Jean, Interés Superior del Niño: Del Análisis Literal al Análisis Filosófico, Institut des Droits des Enfants, Suiza, 2003.

jurídica, puesto que la legislación especializada en menores regula una serie de beneficios específicos, que resulta irrazonable extender a los adultos.

La Convención fija, no obstante, un límite máximo de edad para considerar a alguien como niño. En consecuencia, toda legislación, medida administrativa o jurisdiccional que trate de aplicar a personas mayores de dieciocho años los beneficios propios del Principio del Interés Superior del Menor, sería contraria a la Convención cuando fundare tal norma o medida en dicho principio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto con absoluta claridad que por niño se debe entender el menor de dieciocho años de edad, independientemente de su verdadero grado de madurez³. Por debajo de tal límite, los Estados pueden considerar a una persona menor o no, siempre y cuando tal criterio interno no sea groseramente contrario a los parámetros normalmente aceptados por la comunidad internacional (p. ej., sería imposible que la mayoría de edad se pudiera alcanzar a los catorce años).

Por consiguiente, la Convención asimila el término “niñez” al de “minoridad”. En realidad, todo niño es un menor, pero no todo menor es un niño. Empero, no hay intersubjetividad en los diversos criterios biológicos, psicológicos y sociales como para poder distinguir cuándo una persona deja de ser niño y pasa a ser adolescente.

Por otra parte, el numeral 6.1 de la Convención establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida; no obstante, no regula nada en relación con su protección en el periodo de vida anterior al nacimiento. Esta situación es todavía más confusa, porque el ordinal 24.2 inciso f) del Instrumento, obliga a los Estados a desarrollar servicios en materia de planificación de la familia.

3 Ver serie C número 63, sentencia de diecinueve de noviembre de 1999, “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)” y la opinión consultiva número OC-17/02 de veintiocho de agosto de 2002.

“Ambas normas deben entenderse e interpretarse en relación con los artículos 21 constitucional⁴ y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵, que establecen el principio de que la vida humana se protege desde la concepción, así como con lo expresado en la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y citado en el Preámbulo de la Convención: “El niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”⁶. Por consiguiente, así como el término “menor” comprende al niño y al adolescente, por exégesis, también abarca a la vida humana que inicia con la concepción. No corresponde a este trabajo hacer un análisis exhaustivo sobre el debate de cuándo se empieza a ser persona humana. El infrascrito comparte la tesis de la Sala Constitucional de Costa Rica, y agrega que la protección a la vida inicia desde el momento mismo en que un ser humano cuenta con un ADN propio, y que en la duda científica respecto de cuándo ocurre esto, se debe optar por aquella alternativa más favorable a la vida. En tal sentido, la tesis de que la persona humana resulta de un proceso funcional en continuidad (concepción epigenética) carece de un instrumento para determinar con total precisión cuándo el sistema del cigoto empieza a interactuar con el de la madre; de ahí que en consideración al principio *in dubio pro vida*, resulte jurídicamente insostenible.

En cuanto a la legislación ordinaria interna, el entendimiento del Interés Superior del Niño como pauta de protección que comprende a las personas por nacer desde la concepción,

4 “La vida humana es inviolable”.

5 “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

6 Sala Constitucional de Costa Rica, voto número 647-90 de las quince horas del doce de junio de 1990. “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado.”

se evidencia en los respectivos Códigos de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica (ley número 7739)⁷ y Nicaragua (ley número 287)⁸.

Como se indicó, la Convención sobre los Derechos del Niño no distingue entre niñez y adolescencia, lo que fue una medida intencional, en procura de que el debate sobre este punto no entorpeciera la aprobación del instrumento.

En el ámbito de la legislación costarricense, el Código de la Niñez y la Adolescencia sí plantea tal diferenciación, según se dispone en el artículo 2:

“Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente.”

Esta distinción entre niñez y adolescencia se explica, porque la ley penal juvenil contempla como sujetos de aplicación de tal cuerpo legal a los mayores de doce años y menores de dieciocho años. Se parte del supuesto de que a una determinada edad, el ser humano es más consciente de lo que hace, lo que nuevamente se hace depender de un parámetro fácilmente medible, independientemente del estado real de desarrollo de la persona. Similar distinción recoge la legislación venezolana en el artículo 2 de la Ley Orgánica para

7 Artículo 12.- Derecho a la vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral.

8 Artículo 12.- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho intrínseco a la vida desde su concepción y a la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna. La niña, el niño y los adolescentes tienen derecho a la libertad, a la seguridad, al respeto y a la dignidad como personas humanas en proceso de desarrollo y con características particulares como sujetos de los derechos establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

la Protección del Niño y del Adolescente⁹ y la mexicana en el artículo 2 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹⁰. Como se indicó la categorización por edades depende de cada legislación nacional, por lo que en otros países se dan parámetros diversos. Así, en el caso de Nicaragua, el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia considera como niño al que no hubiese cumplido los trece años de edad y adolescente al que se encuentre entre los trece y dieciocho años de edad no cumplidos. Por su parte en Paraguay, mediante ley número 2169/2003 se determinó que niño es toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; adolescente, toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad; y mayor de edad: toda persona humana desde los dieciocho años de edad¹¹.

III. Interés superior del niño: ¿Cómo se conforme el interés?

“Anteriormente, se consideraba al niño y la niña como un sujeto con un interés jurídico abstracto, dependiente, estático y sin una proyección determinada, tenía que forzosamente estimarse al menor de edad, como un sujeto (carente de autonomía) con interés menor o inferior al de los adultos, considerados ideal o abstractamente. Por lo tanto, a tales menores de edad frente a los mayores de edad, principalmente sus respectivos padres, se les reconocía un interés jurídico en la tenencia de la personalidad, inferior a la de otros” 12.

9 Artículo 2°. Definición de Niño y de Adolescente. Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad. Si existieren dudas acerca de si una persona es niño o adolescente se le presumirá niño hasta prueba en contrario. Cuando existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario.

10 Artículo 2°. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta doce años incompletos y adolescentes los que tienen entre doce cumplidos y dieciocho años incompletos.

11 Así se elimina la anterior categoría de menor adulto (entre dieciocho y veintiún años de edad), a la que en todo caso no se le podía aplicar la Convención.

12 Lafont Pianetta, Pedro, Interés Superior del Menor, Edición Bogotá, 1994, pág.22.

En la concepción actual, el resguardo y promoción de la niñez se explica según la teoría de la protección integral, que concibe al menor como un sujeto de derecho. De esta forma, el interés de la niñez dejó de ser un concepto alejado de la voluntad propia del menor, impuesto por un estado tutelar. Por el contrario, en su definición converge diversidad de criterios y factores, dentro de los que el punto de vista del adulto o del Estado no es definitivo. Es decir, en la plena satisfacción de los derechos de los pequeños, ellos cuentan.

Ejemplificante resulta el caso de un niño que interpuso un recurso de hábeas corpus contra el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) en el año 1990. Debido a una alegada agresión física de los progenitores contra el menor recurrente, esa institución había decidido separarlo de ellos y depositarlo en una casa cuna, desvinculándolo así de sus hermanos y progenitores. Seguidamente, el Patronato Nacional de la Infancia condujo una investigación profunda de los progenitores del menor, que lo llevó a concluir que los hermanos del recurrente se encontraban también en peligro. Por ello, dos hijos más del matrimonio fueron enviados a un albergue distinto del que servía de refugio al menor amparado. El interés de este niño consistía en permanecer con sus progenitores y hermanos, de los que recordaba al mayor, quien era muy unido a él. Manifestó que no era su interés ser adoptado sino reintegrado a su familia junto con los dos hermanos que estaban en otro albergue. Ante la negativa del Patronato Nacional de la Infancia, el niño acudió a la Sala Constitucional de Costa Rica y alegó que su interés de estar junto con sus hermanos estaba siendo profundamente afectado por esa institución.

La Sala Constitucional resolvió al respecto:

“Es incuestionable que en el sub-exámine los menores deben ser preparados para volver al hogar de sus padres y estos para recibir a sus hijos, pues la labor institucional tiene que haber dado sus frutos y si existían problemas de convivencia, éstos después de un período tan largo de intervención deben haberse agudizado, es por ello que siendo la principal responsable la institución, debe

a su cargo, someter a los menores y al matrimonio Blandón Díaz a un proceso de mutua aceptación, a desarrollar sin obligar a los padres a movilizarse de su lugar de residencia y en un lapso no mayor de noventa días contados a partir de la notificación al Patronato de la presente resolución”. 13

Consecuentemente, en el caso referido, prevaleció el interés del menor a mantener relaciones con su familia –lo que bien podría catalogarse como un derecho natural– ante el criterio institucional.

IV. Interés superior del niño: ¿Cualidades de la noción de superior?

La Real Academia Española define *superior* como “lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa.” Esto implica que el derecho del menor, dependiendo del caso concreto, prevalece frente a otros derechos, aunque estos encuentren asidero jurídico.

Pedro Lafont Pianetta afirma que, en términos generales, se entiende por superior aquella cualidad jurídica integral que hace que el interés jurídico del menor tenga supremacía, predominio o preponderancia sobre los intereses de los demás¹⁴.

La norma jurídica que le confiere superioridad al interés del menor se encuentra plasmada en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La superioridad tiene carácter formal y material. El primero se ubica en el plano del deber ser jurídico y consiste en que al interés de la niña, niño o adolescente se le confiere un predominio sobre otros intereses, cuando está de por medio una situación jurídicamente relevante relacionada con un menor; el segundo se refiere a aspectos

13 Sala Constitucional, voto 99-90 de las diez horas del veintiséis de enero de mil novecientos noventa.

14 Lafont Pianetta, Pedro, op. cit., pág.24.

propios de la realidad de la persona menor de edad, cuyo grado de evolución justifica un tratamiento más favorable en campos tales como la atención médica y la sicología forense.

*“Para poder hablar de que un interés es superior es necesario que preexista ese interés jurídico en el menor. Luego, por regla general puede afirmarse que todo menor, como sujeto de derecho especial que es, tiene un interés jurídico actual o en desarrollo, no solo tanto en la actual personalidad, sino también en su máxima conformación: razón por la cual dicho interés es siempre superior”.*¹⁵

El elemento “*superioridad*” supone la existencia de un interés objetivo que se encuentra por encima de los intereses subjetivos de los demás involucrados, como los de las instituciones estatales, de los progenitores e, incluso, de los propios menores afectados.

*“Ello obedece a que como parte de la base de que el menor de edad es un sujeto jurídico en desarrollo (o, en su caso, en formación), de cuya construcción alguien debe responder para beneficio de él y de la sociedad entera, resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico de estos y el o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o extraños, la sociedad en general o el Estado), evento en el cual aquél será superior”.*¹⁶

El hecho de que exista un interés objetivo por encima del interés subjetivo del menor, no constituye un retorno a la doctrina de la situación irregular. Por el contrario, la superioridad de tal interés no significa indiferencia ante la voluntad del menor, porque en la conformación de tal interés resulta indispensable considerar esa voluntad, según explicamos en el punto anterior. Es decir, no puede haber Interés Superior del Menor sin atención a la voluntad del niño o la niña. Empero, como el desarrollo psicológico y fisiológico del menor no es pleno y varía según

15 Lafont Pianetta, Pedro, op. cit., pág.24.

16 Lafont Pianetta, Pedro, op. cit., pág.25.

la edad, el interés superior debe nutrirse de otros elementos ajenos a los criterios subjetivos de los involucrados (menor, progenitor, Estado), a fin de que la medida que se disponga se caracterice por fundamentarse en argumentos razonables y precisos, intersubjetivamente demostrables.

El Principio del Interés Superior del Menor, como norma rectora de las diversas medidas en el abordaje a niñas, niños y adolescentes, sirve de sustento normativo a una serie de beneficios legales a favor de los últimos, ya que dimana sobre tales medidas su carácter de “superioridad”, constituye su *ratio juris*.

En consecuencia, la Superioridad del Interés del Menor coloca a las normas que lo desarrollan en una posición preferencial respecto de otras disposiciones, cuando está de por medio un asunto relativo a la minoridad.

Cierto tipo de ventajas derivan directamente del Principio del Interés Superior del Menor, aunque no se encuentren específica o claramente regulados en una norma positiva. En este caso, el principio desempeña una función integradora del ordenamiento jurídico y resulta útil como criterio hermenéutico al momento de llenar lagunas legales o aplicar normas. Por ejemplo, la utilización del Principio es indispensable, cuando el juez utiliza la equidad en la solución de casos atinentes a menores o cuando el Poder Ejecutivo formula un programa nacional de salud.

Otra clase de beneficios normativos requiere de una especial “materialización”, en el sentido de que el menor favorecido a la hora de acceder efectivamente a un derecho específico, recibe el beneficio correspondiente de una manera tangible e inmediata, entre ellos podemos citar con carácter enumerativo:

- Los que encierran un contenido especial, ya sea por su modalidad, extensión y aplicación, como por ejemplo

el derecho a ser escuchado estipulado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷.

- Los que amplían las cargas o los deberes ajenos a su favor, un ejemplo de ello lo constituye el artículo 58 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, que obliga al Estado a diseñar políticas educativas nacionales, tales como garantizar la educación para la niñez y la adolescencia. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, en su numeral 57, estatuye las políticas sociales básicas, asistenciales, de protección especial de garantías contenidas en la denominada “Política Nacional de Atención Integral a los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, respecto del cual el número 58 determina que es “obligación del Estado garantizar la ejecución de estas políticas y un derecho de las niñas, niños y adolescentes, exigir las”.
- Los que reducen o limitan sus deberes propios, como aquel que extiende el deber de estar bajo el cuidado de los progenitores, hasta que tenga el menor la facultad de defenderse.
- Los beneficios que conceden o mejoran derechos y garantías procesales propias, tales como el derecho de defensa.
- Los beneficios que implican una deducción o una modificación de los derechos o garantías procesales ajenas, establecidas en favor de los niños, niñas y adolescentes, como las medidas preventivas de protección del menor en la adopción.

17 Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Consecuentemente, el menor de edad cuenta con beneficios muy particulares, que demuestran el carácter superior de sus intereses.

En tanto principio, el Interés Superior del Menor sirve como criterio de control y de solución. En el primer caso, ese principio vela porque el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado sobre todo por parte del Administración Pública; en el segundo, interviene para ayudar a quienes deben tomar decisiones atinentes a menores, a que elijan la solución que mejor favorezca el interés del niño, a que sean conscientes de que ese es el ideal por alcanzar¹⁸. Sobre este punto, comparto la tesis de Miguel Cillero Bruñol, quien afirma que el Interés Superior del Menor antes que “inspirar” las decisiones de las autoridades, lo que dispone es una prescripción de carácter imperativo al servidor público¹⁹, lo que naturalmente incluye a los jueces. Señala Cillero que “el interés superior del niño se constituye en un límite a cualquier restricción de los derechos de la infancia y en un incentivo de la ampliación de su protección”.

Ahora bien, al Interés Superior del Menor no se le atribuye la cualidad de ser el único interés por considerar en una determinada situación ni el único dotado de la cualidad de *superior*.

*“El calificativo de superior que se le da al interés y la gran variedad de los beneficios dominantes que lo representan, dicho interés no es absoluto e ilimitado, sino, por el contrario, relativo y limitado. En efecto, todo beneficio dominante a favor del menor es relativo, en cuanto se predica de una relación concreta y específica frente a intereses de otra índole, y no frente a cualquier interés”.*²⁰

18 Zermatten Jean, El interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico, Boletín Pensamiento y Acción, Defensa de los Niños Internacional – Costa Rica, #1-2009.

19 Cillero Bruñol Miguel, El Interés Superior del Niño y los Derechos del Niño, Boletín Pensamiento y Acción, Defensa de los Niños Internacional – Costa Rica, #1-2009.

20 Lafont Pianetta, Pedro, Interés Superior del Menor, op. cit., pág.25.

Por consiguiente, todo derecho tiene limitaciones a la hora de su ejercicio porque el sistema de derechos humanos es de interpretación sistémica, requiere un continuo juego de “pesos y contrapesos” entre los diversos principios y derechos que lo componen. De esta forma, la realización de un derecho en particular no se puede practicar sin tomar en consideración sus efectos sobre otros derechos, o bien, si de algún modo se lesiona el contenido esencial de otro derecho. Consecuentemente, el Interés del Menor es un principio superior, más no absoluto, o sea, de una jerarquía particular pero de ninguna manera ilimitada.

El carácter superior del interés del menor se encuentra limitado por la propia naturaleza jurídica de la situación fáctica sobre la que opera. Por ejemplo, cuando una persona menor de edad posee un patrimonio considerable, resulta jurídicamente relevante resguardar sus bienes, que le aseguran su solvencia económica. Empero, la naturaleza jurídica de la actividad comercial en que está inmerso tal patrimonio es evidentemente privada; por lo tanto, su administración está sujeta a las reglas de adquisición, comerciabilidad, transmisión, persecución y responsabilidad. El carácter superior del interés del menor no lo hace inmune al embargo o seguimiento de cobro.

Incluso, en ocasiones, el Interés Superior del Menor se ha visto limitado por “razones de orden público.” En general, se considera que la satisfacción de ciertos intereses o una consideración especial a ellos, resulta indispensable frente a otros más particulares, porque afecta aspectos básicos de la vida en comunidad o es fundamental para el normal funcionamiento del Estado. Ejemplo de lo anterior es la sentencia de la Sala Constitucional costarricense número 2001-02075 de las ocho horas cincuentas y dos minutos del dieciséis de marzo de 2001. En ese asunto, el reclamo de los recurrentes consistió en que el Poder Ejecutivo le había asignado al Patronato Nacional de la Infancia una suma inferior al siete por ciento de lo recaudado en el año fiscal anterior por concepto de impuesto sobre la renta, a pesar de lo estipulado en la ley orgánica de esa

entidad. Si bien la Sala admitió la obligación del Estado de cumplir con el mandato legal señalado y reconoció la superioridad de los intereses de los menores, también admitió la posibilidad de que el Poder Ejecutivo tomara la iniciativa de impeler una reforma legal con el propósito de disminuir el porcentaje asignado a ese ente autónomo. En nuestro criterio, esta última afirmación del Tribunal Constitucional requiere aclararse. En efecto, una eventual reducción en el financiamiento impactaría de forma negativa al Patronato Nacional de la Infancia y sus programas, lo que difícilmente resulta inconciliable con el Principio del Interés Superior del Menor, toda vez que una disminución de los recursos destinados a la institución protectora de la minoridad –recursos que de por sí son escasos– dificultaría significativamente la atención y auxilio a los menores. Desde el punto de vista constitucional, en el caso planteado, las razones de orden público para justificar una disminución solo podrían resultar razonables en un caso extremo de absoluta crisis financiera, en la que quedase totalmente demostrado que el financiamiento del Patronato Nacional de la Infancia provocaría el desfinanciamiento de otros programas sociales de absoluta relevancia, como los relacionados con la asistencia social a grupos vulnerables como adultos mayores.

V. Doble naturaleza del Interés Superior del Menor (Principio y Derecho)

En su condición de principio, el Interés Superior del Menor posee la naturaleza jurídica de norma rectora del resto de normas del ordenamiento jurídico. Esto implica que tanto en la aplicación del derecho positivo por parte de los órganos jurisdiccionales como en la fase de creación, desarrollo y fiscalización de políticas de gobierno por parte de los Poderes Públicos, debe imperar la consideración a la protección y atención de los intereses de los menores. Desde el punto de vista constitucional, ese principio es un marco de referencia ineludible al momento de interpretar derechos fundamentales y valorar eventuales lesiones al orden constitucional.

Ahora bien, conforme a lo expuesto en puntos anteriores, el Interés Superior del Menor ha adquirido cierto grado de positividad al punto que es contemplado expresamente en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que robustece su exigibilidad jurídica. Tal situación revela, en mi concepto, que el ser tratado conforme a tal principio constituye un derecho humano inherente la persona menor de edad por el mero hecho de serlo, se aplica de manera universal y transnacional, y su ámbito de protección es irreversible. Asimismo, se trata de un derecho no solo de defensa, sino también prestacional. La sola circunstancia de que el Estado se abstenga de lesionar a un menor, no implica que la Administración se conduzca conforme a la Constitución, puesto que el administrado puede exigirle que desarrolle políticas públicas de apoyo y promoción a favor de la minoridad. Una inconstitucionalidad por omisión que salta a la vista consiste en la falta de un juez de ejecución de la pena juvenil. En efecto, resulta absolutamente contrario al Interés Superior del Menor que la aplicación de sanciones judiciales a jóvenes infractores esté a cargo de órganos jurisdiccionales carentes de toda capacitación y formación especializada en la atención de adolescentes.

PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN REFLEXIONES EN TORNO A LA TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de Estado de Derecho como principio rector. 1. Cuestiones Introdutorias. 2. La seguridad jurídica como elemento consustancial del Estado de Derecho. 3. La utilidad del principio *Estado de Derecho*. 4. El principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito del Derecho procesal penal. III. El debido proceso legal (formal y material) y proceso penal. IV. Los derechos, principios y garantías del proceso penal. V. Los conflictos entre derechos, principios y garantías del proceso penal: Su solución.

I. Introducción.

El desarrollo doctrinario, legislativo (ordinario y constitucional) y jurisprudencial del Derecho procesal penal ha propiciado el redescubrimiento de una serie de principios y garantías consustanciales a la actuación de los órganos encargados de la administración de justicia penal. La conjunción de estos principios

¹ Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú. Catedrático de Derecho penal económico y Criminología de la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua.

y garantías permiten afirmar la materialización y concreción del derecho al debido proceso, de naturaleza constitucional y supranacional.

Muchos de los derechos, principios y garantías que conforman el derecho al debido proceso, tienen reconocimiento constitucional. Este reconocimiento constitucional de algunos de estos derechos, principios y garantías se vincula con la relación conflictiva que suele existir entre el proceso penal y los derechos fundamentales², que ha motivado que el legislador constitucional haya optado por resolver esos conflictos en propia sede constitucional. De allí que se aluda en la actualidad a una “relación mutuamente necesaria” entre Constitución y Derecho procesal³, que se sostenga que el Derecho procesal penal es un “derecho constitucional reglamentado”⁴ o que se subraye el carácter limitador del Derecho penal que tiene la Constitución política⁵.

Se puede decir que el respeto de los derechos fundamentales fijados por la Constitución política en el ámbito del proceso penal sirve como baremo para establecer el carácter liberal o autoritario de un Estado⁶. Por eso no es de extrañar que GOLDSCHMIDT

- 2 TIEDEMANN, Klaus. “El Derecho procesal penal”, en: Roxin, Claus/ Arzt, Günther/ Tiedemann, Klaus. *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan- Luis Gómez Colomer, pág. 134, Ariel, Barcelona, 1989; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, volumen I, pág. 49, reimpresión de la primera edición, Edit. Grijley, Lima, 1999.
- 3 ENRIQUE ANAYA, Salvador. “Aplicación de la Constitución y Derecho procesal constitucional”, en: Castañeda Otsu, Susana (coord.). *Derecho procesal constitucional*, tomo I, pág. 117, Jurista, Lima, 2004.
- 4 PASTOR, Daniel. “El encarcelamiento preventivo”, en: El mismo. *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, pág. 149, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2004.
- 5 KUHLEN, Lothar. “¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material del delito?”, en: Wolter, Jürgen & Freund, Georg (Eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, traducción a cargo del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra, pág. 137, Marcial Pons, Madrid, 2004. Categórica es la afirmación del Tribunal Constitucional en Sentencia del 15 de noviembre de 2001 (Exp. N° 005-2001-AI/ TC): “El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no solo al hecho delictivo sino también al bien jurídico protegido”; Sentencia disponible en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Jurisprudencia penal constitucional*, pág. 208, Jurista, Lima, 2005.
- 6 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 133, Marcial Pons, Madrid, 2002.

sostuviera “la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de una constitución”⁷, que Claus ROXIN haya descrito al Derecho procesal penal como “el sismógrafo de la Constitución del Estado”⁸ y que el profesor MUÑOZ CONDE destaque el carácter “directamente ideológico” que tiene el Derecho procesal penal debido a que “cualquier opción que se adopten en sus instituciones fundamentales refleja inmediatamente una determinada imagen del individuo, del Estado y de la sociedad”⁹,¹⁰.

La importancia de ésta relación entre Constitución y proceso penal si se toma en consideración el importante papel –más allá de los defectos de algunas de sus resoluciones- asumido por el supremo interprete de la Constitución. Merced a la labor del Tribunal Constitucional el papel de la Constitución del Estado ha dejado de ser simbólico para aproximarse a la realidad¹¹.

II. El principio de Estado de Derecho como principio rector.

1. Cuestiones Introductorias.

Aunque no existe un expreso reconocimiento constitucional de este principio, es de común opinión el hecho de que la idea de Estado de Derecho aparece como una *f fuente de interpretación y de identificación de los derechos fundamentales*¹².

7 Citado por: ARMENTA DEU, Teresa. “Principios y sistemas del proceso penal español”, en: Quintero Olivares, Gonzalo & Morales Prats, Fermín (Coordinadores). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, pág. 57, Aranzadi, Pamplona, 2001.

8 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor revisada por Julio Maier, pág. 10, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

9 MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, pág. 14, segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

10 Destacan también el carácter “ideológico” o “político” del Derecho procesal: TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pág. 140; CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, pág. 03, tercera edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2003; DE BERNARDIS LLOSA, Luis. *La garantía procesal del debido proceso*, pág. 10, Cultural Cuzco, Lima, 1995.

11 TOCORA, Fernando. *Principios penales sustantivos*, pág. 21-22, Temis, Bogotá, 2002.

12 RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, pág. 95-96, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

En el Derecho público, como resalta BACIGALUPO, parece existir consenso en que –al menos de momento- no es posible encontrar una respuesta segura en relación al contenido y significado del modelo de Estado de Derecho¹³.

Frente a esta imposibilidad de fijar una identificación cerrada del Estado de Derecho se recurre a considerar a este modelo estatal mas como un *principio directivo* que encuentra concreción en cada situación o ámbito específico¹⁴. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha configurado los rasgos del *principio de Estado de Derecho* como *principio directivo*: “El principio de Estado de Derecho pertenece a los principios generales y a las ideas directrices, que influyeron la totalidad de la imagen preconstitucional de la cual partió el legislador, que no se ha compactado en un principio legal especial, en la medida que no ha sido precisado y moldeado en preceptos particulares de la Constitución escrita, ni está contenido en mandatos y prohibiciones de rango constitucional, determinados de manera detallada, sino que es un principio constitucional que requiere una concreción dependiendo de las condiciones materiales”¹⁵. Esto quiere decir que el modelo de Estado de Derecho debe también encontrar concreción en cada ámbito específico del ordenamiento jurídico y por ello encontrar concreción en el Derecho penal material y formal.

Ahora, tampoco es que cada disposición del ordenamiento jurídico penal suponga necesariamente una concreción del Estado de Derecho como principio directivo. Por ejemplo¹⁶, cuando el legislador decida incriminar una determinada conducta en salvaguarda de un determinado interés jurídico o cuando decide estructurar la cuestión de la participación de modo unitario o

13 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 81.

14 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 81.

15 Sentencia del 26 de febrero de 1969 (2 BvL 15, 23/68); extraída de: SCHWABE, Jürgen (comp.). *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, traducción de Marcela Anzola, pág. 402-404, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2003.

16 Utilizo ejemplos propuestos por Enrique Bacigalupo, véase: BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 82.

diferenciado, ello no supone que esas decisiones concreten la idea de Estado de Derecho pues aunque en algún caso puedan ser decisiones tomadas utilizando el referente de la Constitución, ello no supone que todas las decisiones de política legislativa en materia penal sean modos de concreción del principio de Estado de Derecho.

El principio de Estado de Derecho encuentra concreción en el Derecho penal a través de aquellos principios penales que se refieren a “la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de dicha acción”¹⁷; es decir, aquellos referidos al valor *seguridad jurídica*: Los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y de *non bis in idem*.

2. La seguridad jurídica como elemento consustancial del Estado de Derecho.

La *seguridad jurídica*, a pesar de ser considerado un valor consustancial a la idea de Estado de Derecho, no ha sido un tema de análisis recurrente por parte de la doctrina¹⁸. Es cierto que se trata de un valor connatural al Estado de Derecho¹⁹, pero no se ha explicado con suficiencia las razones de tal *consustancialidad*.

La relación íntima que vincula a la seguridad jurídica con la noción de Estado de Derecho se ubica en la propia naturaleza del Estado de Derecho. El Estado de Derecho es “aquel en

17 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 82; vinculando también el principio de Estado de Derecho con la idea de seguridad jurídica, aunque le otorga a la idea de Estado de Derecho una posición secundaria como criterio limitador de la política criminal: CUAREZMA TERÁN, Sergio. “La Constitución de la Nación Nicaragüense en un Estado Social de Derecho”, en: Castro Rivera, Edwin & Cuarezma Terán, Sergio (Directores). *A 21 años de la Constitución Política: Vigencia y desafíos*, pág. 41, INEJ, Managua, 2008; DÍAZ PALOS, Fernando. *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, pág. 25, Colex, Madrid, 1991.

18 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 225.

19 Por ésta razón Marcial Rubio señala con corrección que el principio de seguridad jurídica es un “principio que transita todo el ordenamiento”; véase: RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., pág. 96.

el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico; es decir, cómo se comportarán otros individuos y como lo hará el Estado²⁰. Esta idea del Estado de Derecho enlaza con una exigencia social fundada en la necesidad de contar con orientaciones y pautas seguras que permitan una toma de decisiones (individuales y colectivas) más previsible y segura.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado a este respecto: “El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano puede prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente²¹”.

De modo bastante similar, el Tribunal Constitucional peruano, en sentencia del 30 de abril de 2003 (Exp. N° 0016-2002-AI/TC) ha indicado respecto al principio de seguridad jurídica: “El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad...”.

3. La utilidad del principio *Estado de Derecho*.

Esta fuera de toda discusión en la actualidad el hecho de que es el Derecho penal –material y formal- la esfera del orden jurídico que requiere de mayores niveles de garantía frente a cualquier posible arbitrariedad desde el Estado²².

20 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 226.

21 Sentencia del 26 de febrero de 1969 (2 BvL 15, 23/68); extraída de: SCHWABE, Jürgen (comp.). Op. Cit., pág. 402-404.

22 PALAZZO, Francesco. “Estado constitucional de derecho y Derecho penal (Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), traducción de Virginia Sánchez, en: *Revista Penal*, N° 2, pág. 49, Praxis, Barcelona, 1998.

Pero esta constatación nada dice sobre la capacidad de rendimiento de la idea de *Estado de Derecho* frente a esta misión de garantía a favor del Derecho punitivo y de los ciudadanos en relación al Derecho penal, por ello es que se llega a decir que la noción de Estado de Derecho “no garantiza desde luego la mejor justicia posible”²³.

Entonces ¿De qué sirve el concepto *Estado de Derecho* si no es para la realización de una mejor justicia? La utilidad de una estricta sujeción a los parámetros fijados por la idea de Estado de Derecho se encuentran en la garantía política que supone su utilización, como herramienta contra cualquier posible instrumentalización del Derecho penal material y formal. Esta instrumentalización del Derecho penal (y procesal penal) – frente a la cual el principio de Estado de Derecho se opone- se manifiesta en las contiendas políticas, en donde el sucesor trata de destruir políticamente –a través del Derecho penal- al sucedido y viceversa. Mediante el principio de *Estado de Derecho* y la división de poderes implícita a tal principio es posible conseguir una limitación del ejercicio del *ius puniendi* estatal a los órganos constitucionalmente legitimados para ello.

La idea de *Estado de Derecho* permite pues una utilización racional del Derecho penal (realizado a través del Derecho procesal penal) por parte de la administración de justicia, frente a la posible contingencia de un poder político (ejecutivo y legislativo) ansioso de valerse del *ius puniendi* estatal para acabar con sus opositores políticos o de utilizar al sistema penal con fines políticos.

Del primer caso (utilización del *ius puniendi* para acabar con sus opositores políticos) tenemos muchos ejemplos en nuestro pasado reciente. El pasado y el actual régimen político se han valido del Sistema penal para derrotar o diezmar las fuerzas de sus opositores políticos; del mismo modo, la oposición política ha recurrido también a la justicia penal para afectar al régimen de turno.

23 PALAZZO, Francesco. Op. Cit., pág. 49.

Del segundo caso, la victimología parece ser campo de prueba de tales estimaciones. El discurso de protección de los derechos de las víctimas ha sido siempre un argumento constante de los políticos en las contiendas electorales²⁴, al punto de sostenerse la existencia de una “*victimagógia*”²⁵.

La utilidad del principio del Estado de Derecho se pone en evidencia frente a un cada vez más usual “desplazamiento del centro de gravedad de la normativa penal hacia el poder ejecutivo”²⁶. Este *desplazamiento* de los procesos de criminalización primaria (formación de la ley penal) desde el Poder Legislativo hacia el Poder Ejecutivo se manifiesta mediante la arremetida y casi predominio que tienen en la actualidad las leyes penales originadas en el ejecutivo a través de la concesión de facultades legislativas a este poder del Estado. Hay que recordar que nuestro propio Estatuto penal encuentra su origen en este tipo de facultades.

Asimismo, aunque con menor intensidad, el *desplazamiento* del que hablamos se manifiesta en las denominadas *leyes penales en blanco* en donde la normativa que complementa la tipicidad suele provenir del Poder Ejecutivo. Lo mismo ocurre en los ámbitos en donde el Derecho penal se muestra subsidiario del Derecho Administrativo, sobre todo en los casos de subsidiariedad de acto, en donde la relevancia penal de una conducta queda supeditada a una decisión administrativa, proveniente del Poder Ejecutivo.

24 HÖRNLE, Tatjana. “Distribución de la pena: El papel de una perspectiva de la víctima”, traducción de Luis Reyna, en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho penal*, pág. 145, Ara Editores, Lima, 2003; también en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Derecho, proceso penal y victimología*, pág. 106- 107, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, traducción de Javier Cadenas, María Martín y Luis Reyna, pág. 79, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003.

25 Críticamente: CANCIO MELIÀ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, pág. 230, segunda edición, JM Bosch, Barcelona, 2001.

26 PALAZZO, Francesco. Op. Cit., pág. 51.

El principio de *Estado de Derecho* es de utilidad también para enfrentar el “desplazamiento del centro de gravedad de la normativa penal hacia el poder ejecutivo” en los procesos de criminalización secundaria, es decir, en el momento de aplicación de la ley penal por parte del Juez. Si partimos de la idea de que la Constitución aparece como fuente principal de inspiración del operador de justicia penal, pues en ella se traducen en plenitud los valores reconocidos por el contrato social y que el legislador ordinario no puede -o no quiere- plasmarlos en la legislación común²⁷, la utilización y respeto del principio de *Estado de Derecho* sirve para realizar el principio de división de poderes, de independencia de la administración de justicia y asimismo garantizar el derecho a contar con un juez imparcial, legitimando al propio Estado²⁸. Puede idea puede expresar también a sentido inverso: El proceso penal aparece como un mecanismo de protección de la Constitución y del Estado de Derecho²⁹.

Es el carácter dinámico que –como observamos- tiene la idea de *Estado de Derecho* el que lo afianza como principio directivo del orden jurídico y que exige –por otra parte- una continua verificación de su vigencia y respeto. El Tribunal Constitucional ha indicado al respecto: “El Estado democrático de Derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todos los días” (S.T.C. del 29 de enero de 2004, Exp. N° 015-2001-AI/TC y 016-2001-AI/TC). Esto es absolutamente lógico pues –como precisa RUBIO CORREA- “el Estado social y democrático del Derecho no es una cosa que existe. Por el contrario, está en continuo hacerse: solo existe si en cada circunstancia funciona como tal”³⁰.

27 PALAZZO, Francesco. Op. Cit., pág. 53.

28 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, pág. 47; SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, traducción de José Manuel Núñez, pág. 270-271, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957; HOUED VEGA, Mario. “La independencia del Juez”, en: Castro Rivera, Edwin & Cuarezma Terán, Sergio (Directores). *A 21 años de la Constitución Política: Vigencia y desafíos*, pág. 143, INEJ, Managua, 2008.

29 GRIJALVA SILVA, Silvio. “El debido proceso como garantía constitucional”, en: Castro Rivera, Edwin & Cuarezma Terán, Sergio (Directores). *A 21 años de la Constitución Política: Vigencia y desafíos*, pág. 147, INEJ, Managua, 2008.

30 RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., pág. 338.

4. El principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito del Derecho procesal penal.

Todo lo antes indicado nos coloca frente a lo que se conoce como *principio de interdicción de la arbitrariedad* que –a decir de Marcial RUBIO CORREA- “tiene el significado de prohibir el uso arbitrario del poder dentro del Estado y del Derecho”³¹ y cuya aplicación en el ámbito del Derecho procesal penal supondría “la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal estatal”³².

El Tribunal Constitucional peruano, en Sentencia del 05 de julio de 2004 (Exp. N° 0090-2004-AA/TC), alude al *principio de interdicción de la arbitrariedad* del modo siguiente: “De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión...”.

III. El debido proceso legal (formal y material) y proceso penal.

La justicia penal, al comprometer uno de los valores más preciados del ser humano -como es la libertad- y por suponer la confrontación más intensa que tiene el ciudadano con el Poder del Estado³³, debe encontrarse rodeada de aquellas garantías que avalen su afectación sólo en los casos estrictamente necesarios, es decir, en aquellos donde se halla comprobado judicialmente la culpabilidad del agente

31 RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., pág. 167.

32 PASTOR, Daniel. “El llamado ‘impacto’ de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal”, en: El mismo. Op. Cit., pág. 95.

33 TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pág. 133.

y que se satisfagan a su vez los requerimientos de merecimiento y necesidad de pena. Siempre que éste conjunto de garantías concorra en el proceso penal estaremos ante el denominado “debido proceso”³⁴.

La garantía del “debido proceso”, conforme precisa MIXÁN MASS: “es una célebre conquista político- jurídica lograda en el siglo XIII y hoy al finalizar el siglo XX es toda una categoría del conocimiento jurídico positivizada en el Derecho internacional público sobre Derechos Humanos, así como en muchas Constituciones políticas y en la mayoría de los Códigos procesales correspondientes”³⁵.

El origen histórico del derecho al *debido proceso* o, en términos ingleses, *due process of law*, se encontraría en el “*law of the land*” al que alude la Carta Magna de 1215 inglesa, cuyos componentes esenciales venían dados por el habeas corpus, el juicio por iguales y otros derechos procesales³⁶.

En efecto, la Carta Magna (Cap. XXXIX 39) precisaba: “ningún hombre libre podrá ser arrestado, detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de alguna forma molestado, y no iremos en

34 Una visión panorámica puede obtenerse de la revisión de: CATAORA GONZÁLES, Manuel. “El debido proceso penal y los principios que lo garantizan”, en: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, pág. 15 ss., Lima, 1990; NOVAK, Fabian & MANTILLA, Juliisa (coords.). *Las garantías del debido proceso. Materiales de Enseñanza*, primera edición, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 1996; MIXÁN MASS, Florencio. “El Debido Proceso y el Procedimiento Penal”, en: *Vox Juris*, suplemento, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 1995; MIXÁN MASS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación de la prueba*, pág. 301 ss., Ediciones BLG, Trujillo, 2005; SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., pág. 54 y ss.; VEGA BILLÁN, Rodolfo. *Derecho procesal penal explicado con sencillez*, pág. 96 ss., segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

35 MIXÁN MASS, Florencio. “El Debido Proceso y el Procedimiento Penal”, pág. 03.

36 ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Proceso penal y garantías constitucionales*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2005, p. 47; CUBAS VILLANUEVA, Victor. *El proceso penal*, sexta edición, Palestra, Lima, 2006, p. 54; DE BERNARDIS LLOSA, Luis. Op. Cit., pág. 234; LANDA, César. *Teoría del Derecho procesal constitucional*, pág. 195, Palestra, Lima, 2003; ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, pág. 412, Ara Editores, Lima, 2003 (Este último, no obstante, lo ubica únicamente como un antecedente, ubicando la carta de naturaleza del “debido proceso” en la Quinta Enmienda de la Constitución Federal Norteamericana); BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*, pág. 182 ss., Ara Editores, Lima, 2001.

su búsqueda, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Con esta declaración, hecha por los barones de Normandia, buscaba poner un límite al abuso y arbitrariedad del Rey Juan sin tierra.

El debido proceso y el derecho fundamental a tenerlo se encuentran positivizados tanto en el ámbito de normas de derecho internacional público, en sede constitucional, como en la legislación interna de Derecho penal formal y resulta consecuencia –como indica GARCÍA MORILLO– “de la reserva al Estado del monopolio del uso legítimo de la fuerza”³⁷. Lógico, si el Estado quiere reservarse el derecho de utilizar la fuerza contra sus ciudadanos, debe al menos crear las condiciones para que estos actúen dentro de márgenes mínimos de libertad.

El *debido proceso* puede conceptualizarse como “un derecho complejo que entraña un conjunto de garantías constitucionales”³⁸ que se realizan a lo largo del proceso. Esta definición compatibiliza con las propuestas conceptuales proporcionadas por la doctrina del Tribunal Constitucional que alude al debido proceso como: “derecho genérico hacia cuyo interior se individualizan diversas manifestaciones objetivamente reconocidas en la Constitución” (S.T.C., del 19 de enero de 2001, Exp. N° 0665-2000-HC/TC); como: “aquel derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto a un conjunto de principios procesales” (S.T.C., del 09 de abril de 1999, Exp. N° 0612-1998-AA/TC); también como: “el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho” (S.T.C., del 24 de marzo de 2003, Exp. N° 426-2003-AA/

37 GARCÍA MORILLO, Joaquín. “El derecho a la tutela judicial”, en: López Guerra, Luis/ Espín, Eduardo/ García Morillo, Joaquín/ Pérez Tremps, Pablo/ Satrustegui, Miguel. *Derecho Constitucional*, volumen I, pág. 315, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

38 MESIA, Carlos. *Derechos de la persona. Dogmática Constitucional*, pág. 331, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2004.

TC); finalmente como: “garantía procesal compuesta por un conjunto de principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado” (S.T.C., del 29 de enero de 2003, Exp. N° 2940-2002-HC/TC); y que concilian a su vez con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El debido proceso legal es “el derecho de toda persona de ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de los derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera” (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, § 74).

Siendo –como se observa– un derecho genérico, complejo que engloba y viabiliza la realización de diversas garantías constitucionales de orden procesal, tiene también categoría de *derecho fundamental*³⁹. Su condición de derecho fundamental le otorga ese doble cariz de derecho subjetivo y derecho objetivo⁴⁰.

Aunque en sus orígenes el principio del “*due process of law*” (“debido proceso legal”) implicaba únicamente sujeción a la legalidad, actualmente, a partir de la evolución del pensamiento político- jurídico y de la experiencia histórica, dicho principio ha adquirido relevancia axiológica, dejando de lado exigencias meramente formales en busca de “que la actuación procedimental esté siempre comprometida con aplicar con justicia el Derecho justo, evitando en todo tiempo y lugar la práctica del disvalor, impidiendo la infracción o distorsión de los principios de la ‘administración

39 LANDA, César. *Teoría del Derecho procesal constitucional*, pág. 196; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, pág. 38.

40 LANDA, César. *Teoría del Derecho procesal constitucional*, pág. 196.

de Justicia”⁴¹. Por eso en la actualidad se suele distinguir entre *debido proceso formal* y *debido proceso material*⁴².

El *debido proceso formal* supone el conjunto de garantías con que cuenta el justiciable durante todo proceso. El *debido proceso material* supone –a partir del *debido proceso formal*- la realización del valor justicia a través de criterios de razonabilidad⁴³ y proporcionalidad que permiten a su vez la realización del principio de no arbitrariedad⁴⁴.

IV. Los derechos, principios y garantías del proceso penal.

Ya se dijo anteriormente, el derecho a un debido proceso legal es uno de los derechos fundamentales del ciudadano, que sólo encontrará plasmación a partir de la satisfacción de ciertos marcos mínimos o elementos que ubiquen el proceso penal dentro de las premisas propias de la noción de Estado de Derecho. Todos estos elementos conformantes de la idea de debido proceso legal –que a decir de ROXIN es “el mandato superior del Derecho procesal penal”⁴⁵- son los que aquí analizamos bajo la denominación: “Derechos, principios y garantías del proceso penal”⁴⁶.

-
- 41 MIXÁN MASS, Florencio. “El Debido Proceso y el Procedimiento Penal”, pág. 23-24.
 42 Distinción que surge de la doctrina constitucional que desarrolla la materia y que tratamos de recoger en este texto.
 43 Principio que –como bien indica Bustamante Alarcón- no debe confundirse con la idea de “racionalidad” que alude al “respeto de las reglas y principios de la lógica” en tanto que la razonabilidad se refiere a “un juicio de los valores, intereses o fines involucrados”; al respecto: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*, pág. 162 ss.; similar en la distinción: TOCORA, Fernando. Op. Cit., pág. 21-22.
 44 BIDART CAMPOS, Germán. *Compendio de Derecho Constitucional*, pág. 70-71, Ediar, Buenos Aires, 2004; SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, pág. 756-757, reimpression de la tercera edición, Astrea, Buenos Aires, 2001; CASTILLO CORDOVA, Luis. *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*, pág. 66-67, Ara Editores, Lima, 2004; ÍDEM. *Comentarios al Código procesal constitucional*, pág. 147, Ara Editores, Lima, 2004.
 45 ROXIN, Claus. Op. Cit., pág. 79.
 46 Prescindimos de realizar un análisis histórico de la cuestión que puede ser ubicado en otros textos, como el de: HENDLER, Edmundo (comp.). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, passim, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

Hay que recordar que la idea del *debido proceso legal* es resultado de la reubicación del ciudadano frente al poder estatal. El ciudadano ocupa ahora un papel preponderante, dejando de lado la condición de objeto de proceso. Este nuevo posicionamiento del ciudadano bien sostiene MORENO CATENA: “vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal de hecho, de modo que la represión no tenía como referente a una persona, sino un hecho delictivo”⁴⁷.

Aunque es sumamente complicado establecer criterios clasificatorios de estos “Derechos, principios y garantías del proceso penal”, debido a la íntima relación e incluso superposición que existe entre uno y otro derecho, principio y garantía, recurrimos a la clasificación hecha por el Catedrático Alemán Claus ROXIN⁴⁸ por parecernos más coherente.

ROXIN establece cuatro distintos niveles de clasificación de los derechos, principios y garantías del proceso penal: Principios de iniciación del proceso penal; Principios de realización del proceso; Principios probatorios y Principios referidos a la forma. Aunque su clasificación nos parece bastante atractiva por su coherencia, debo reconocer que en algunos puntos he disentido con ella, por lo que he optado por realizar ciertas modificaciones de forma.

La clasificación queda entonces como sigue:

1. Los principios de iniciación del proceso penal:
 - 1.1. El principio de oficialidad.
 - 1.2. El principio acusatorio.
 - 1.3. El principio de legalidad procesal.
 - 1.4. El principio del juez natural o predeterminado por ley.
 - 1.5. El principio de tutela jurisdiccional efectiva.

47 MORENO CATENA, Víctor (Director). *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, tomo I, pág. 165, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

48 ROXIN, Claus. Op. Cit., pág. 77.

2. Los principios de realización del proceso:
 - 2.1. Principio de estricta sujeción a la ley.
 - 2.2. El principio de defensa.
 - 2.3. El principio de celeridad.
 - 2.4. El principio de presunción de inocencia.
 - 2.5. El derecho a la motivación de resoluciones judiciales.
 - 2.6. El principio de congruencia.
 - 2.7. El principio “*non bis in idem*”.
 - 2.8. El principio de proporcionalidad.
 - 2.9. El principio de preclusión o eventualidad.
 - 2.10. El principio de pluralidad de instancias.

3. Los principios probatorios.
 - 3.1. El principio de inmediación.
 - 3.2. El principio de *in dubio pro reo*.

4. Los principios referidos a la forma:
 - 4.1. Principio de formalidad.
 - 4.2. Principio de oralidad.
 - 4.3. Principio de publicidad.

V. Los conflictos entre derechos, principios y garantías del proceso penal: Su solución.

Los principios y garantías del proceso penal tienen –la mayoría de ellos- raigambre constitucional. La dinámica del proceso penal evidencia una dinámica dialéctica que provoca, en no pocas ocasiones, colisiones entre estos derechos procesales fundamentales. En efecto, a través del proceso penal se busca realizar el Derecho penal evitando la afectación de los derechos fundamentales del ciudadano⁴⁹. La solución a los problemas

49 PASTOR, Daniel. “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 49, Madrid, 2004, p. 51.

de índole aplicativo que puedan derivar del conflicto entre derechos fundamentales dentro de un proceso penal no es cuestión sencilla.

Y no lo es, en primer lugar, porque los derechos fundamentales no suelen tener un orden preestablecido de valores que defina normativamente la solución. La doctrina constitucional más autorizada ha destacado el *condicionamiento recíproco* existente entre los diversos derechos fundamentales; HÄBERLE precisa al respecto: “Todos los derechos fundamentales se encuentran en una relación más o menos estrecha entre sí. Se garantizan y se refuerzan recíprocamente”⁵⁰. En segundo término, porque en la dinámica del proceso penal son variables los diversos confrontes que pueden existir entre derechos fundamentales.

El *recíproco condicionamiento* existente entre los derechos fundamentales impone la necesidad de un obligado equilibrio entre los mismos en virtud del cual “se realiza la inserción de los bienes constitucionales en el cuadro integral de la Constitución”⁵¹.

En este contexto, la solución práctica de los problemas que dimanen de la colisión de derechos fundamentales en el interior de un proceso penal puede encontrarse recurriendo al *contenido esencial* del derecho fundamental que viene a ser el *límite inmanente* del mismo y mediante el cual es posible el equilibrio antes aludido.

La doctrina y jurisprudencia han reconocido que ningún derecho, incluso los fundamentales, tiene carácter absoluto⁵².

50 HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, traducción del italiano de Carlos Ramos, pág. 66, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

51 HÄBERLE, Peter. Op. Cit., pág. 95.

52 AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. “¿Puede prohibirse la revisión del expediente cuando aún no se ha rendido la instructiva? Entre la reserva de la instrucción y el derecho de defensa del inculpado”, en: *Actualidad Jurídica*, N° 135, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 105, CASTILLO CORDOVA, Luis. “Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data en regímenes

Todos los derechos fundamentales pueden ser parcialmente restringidos o limitados. En ese sentido, puede observarse la declaración hecha en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero de 2003 (Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento § 127): “en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos fundamentales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales”⁵³.

Las restricciones o limitaciones que puede sufrir un derecho fundamental, tienen a su vez sus propias limitaciones. Estas limitaciones vienen planteadas por el *contenido esencial* del derecho fundamental que aparece –parafraseando a PRIETO SANCHÍS– como “límite de los límites”⁵⁴. El Tribunal Constitucional ha precisado que “para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial” (Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento § 128)⁵⁵.

El contenido esencial del derecho fundamental ha sido definido por el Tribunal Constitucional como “el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”⁵⁶.

de excepción”, en: Castañeda Otsu, Susana (coord.). *Derecho procesal constitucional*, tomo II, pág. 1018, Jurista, Lima, 2004; MESIA, Carlos. Op. Cit., pág. 33.

53 Disponible en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Jurisprudencia penal constitucional*, pág. 274.

54 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, pág. 58, Palestra, Lima, 2002.

55 Disponible en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Jurisprudencia penal constitucional*, pág. 274.

56 Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de noviembre de 2000 (Exp. N° 1100-2000-AA/TC).

Esta mención, tan solo genérica⁵⁷, de los alcances de la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales permite identificar la utilidad de tal noción en la solución de los conflictos entre derechos fundamentales dentro del proceso penal.

Aunque la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales es aludida como límite a la actividad legislativa⁵⁸, no existe ningún impedimento para plantear su utilización en el interior del proceso penal, como una especie de criterio de interpretación de las normas de Derecho procesal penal. Hay que recordar que los derechos fundamentales son –como indica MESIA– “el parámetro de interpretación de todo el ordenamiento jurídico”⁵⁹.

57 Un análisis más cuidadoso y pormenorizado de la cuestión puede verse en: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, pág. 56 ss.; CASTILLO CORDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, pág. 121 ss., Ara Editores, Lima, 2003; CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*, pág. 82 ss., Palestra, Lima, 2004.

58 MESIA, Carlos. Op. Cit., pág. 35.

59 MESIA, Carlos. Op. Cit., pág. 46.

III. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONALISMO Y JURISDICCION CONSTITUCIONAL

RAFAEL LUCIANO PICHARDO¹

SUMARIO: I. Antecedentes del concepto constitución. II. Supremacía de la Constitución. III. Objeto y normas a que se aplica el control de constitucionalidad. IV. Los órganos de la jurisdicción constitucional. V. El caso dominicano. VI. Perspectivas para el reordenamiento del control constitucional en la República Dominicana.

La *Justicia Constitucional*, que incluye entre sus atribuciones esenciales la trascendente cuestión del control de constitucionalidad, así como la de conocer de la acción de amparo como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, además de otras no menos importantes como el habeas corpus y diferentes conflictos de carácter constitucional, es el contenido de este ensayo, limitado en esta oportunidad por razones de espacio y de tiempo, a la primera parte, o sea, al control de constitucionalidad.

I. Antecedentes del concepto constitución

Aunque la expresión “Constitución” según Juan Jorge, es empleada inicialmente por los políticos y filósofos griegos y romanos, no es

¹ Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Caribe, Santo Domingo, República Dominicana. Graduado en la Universidad de Santo Domingo con el título de Doctor en Derecho, en el año 1961, fecha desde la cual hasta agosto de 1997 ejerció de manera exitosa la profesión de abogado, particularmente en el área civil. Seleccionado el 3 de agosto de 1997 por el Consejo Nacional de la Magistratura inicia la carrera judicial como Juez Primer Sustituto de Presidente y Presidente de la Primera Cámara de la Suprema Corte de Justicia, funciones que actualmente ocupa. Ha sido árbitro del Consejo de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción del Distrito Nacional; Consultor Jurídico de los Bancos Central y de Reservas de la República Dominicana; y Coordinador de la Comisión de Reforma al Código Civil.

sino en la Edad Media cuando exhibe su mayor desarrollo pues para esa época ya se hablaba de las constituciones pontificias y monacales, con las cuales se hacía alusión a las cartas otorgadas por la iglesia donde se fijaban disposiciones sobre privilegios y derechos concedidos a un territorio y hasta en favor de una persona. Pero, la connotación política de la palabra Constitución se elaboró a través de dos corrientes ideológicas marcadamente diferenciadas: el pragmatismo inglés y el racionalismo francés.²

Producto de la primera son, entre otros, “los documentos medievales como la *Carta Magna*, que contiene el acuerdo suscrito entre los dignatarios eclesiásticos y los nobles, de una parte, y el Rey Juan Sin Tierra de Inglaterra, de la otra, en el año 1215; *la Petition of Right* del año 1628; *el Habeas Corpus* del 1679 y *el Bill of Right* de 1689. En tanto que si en esta corriente destaca la Carta Magna, en la segunda ocupa lugar eminente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Asamblea Constituyente en Francia en el año 1789, la cual sirvió de plataforma a la primera Constitución francesa de 1791”.³

Son éstas, sin duda, las piezas de mayor relevancia en los orígenes del movimiento constitucionalista creador e impulsor del proceso de positivación de los derechos naturales mediante una ley fundamental consagratória de las prerrogativas y libertades de los ciudadanos frente al Estado, poseedor de los poderes y rector de las instituciones de la organización política que por ella se crean y cuyo desviado ejercicio constituyen la vía por donde con mayor frecuencia se vulneran los derechos fundamentales. Ello ha llevado a decir a Pérez Luño que las violaciones que continuamente se producen de estos derechos obedece a motivos de distinta etiología y que cabría incluir entre estos a la secular tentación de quienes detentan el poder político, de abusar de él aunque reconoce que a ese innegable protagonismo tradicional en la agresión a las libertades

2 Jorge García, Juan, Derecho Constitucional Dominicano, p. 35

3 op. cit. p. 36

hay que arrimar poderosos competidores, entre los que habría de citar a los grupos económicos nacionales y multinacionales; a las organizaciones terroristas en determinadas sociedades, así como, hoy día, el empleo abusivo de la cibernética y la informática, entre otras.⁴

La teoría pura del Estado moderno – “afirma José Acosta Sánchez – negaba la posibilidad de una Constitución como ley suprema y estaba fuera de su presupuesto concebir un control de constitucionalidad de las leyes, pero jugó un importante papel como fuente del constitucionalismo en el Norte de América, donde encontró la fertilidad de una sociedad que se encontraba en proceso de alcanzar su independencia de la metrópoli inglesa, lo que permitió sentar la distinción entre **constitucionalismo**, como método de organización política y **derecho constitucional**, generado por una norma suprema”.⁵ Es de ahí que se pueda sostener que el sistema político que propenda al establecimiento de un Estado regulado por un texto constitucional que defina los derechos y libertades de los ciudadanos, pueda ser catalogado como constitucionalismo, que no es otro que el movimiento que se inicia a mediados del siglo XVIII en las sociedades inglesa, norteamericana y francesa con miras al establecimiento de normativas superiores de organización político-social que al tiempo de producir límites en el ejercicio del poder garantizara a los miembros de la sociedad el pleno disfrute de sus derechos y libertades mediante reglas y mecanismos que tutelen sus derechos y prerrogativas fundamentales.

De ello resultan los modelos constitucionales: **inglés**, que al decir de Jorge Prats⁶ aporta al constitucionalismo occidental elementos como: la idea de libertad de todos los ingleses; la de seguridad tanto de las personas como de los bienes; la garantía de ser enjuiciado a través de un proceso justo enmarcado en la ley (*due process of*

4 Pérez Luño, Antonio, Tema clave de la Constitución Española – Los Derechos Fundamentales, p. 27

5 Acosta Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, p. 56

6 Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional

law) y la idea de que son los jueces y no el legislador quienes tutelan los derechos fundamentales; **norteamericano**, inspirado en principios diferentes a los que prevalecieron en la metrópoli, que emerge de los grandes conflictos sociales que se produjeron en el interior de las trece colonias americanas, principalmente entre las clases dominantes tradicionales que quedaron sin el apoyo de las autoridades inglesas y las fuerzas democráticas, que generaron una verdadera revolución cuyo producto más importante no fue otro que la formación de los Estados Unidos de Norteamérica y sus Constituciones adoptadas bajo la consigna de (*We the people*) y que enarbolaron principios como el de la supremacía de la Constitución implicativo de su superioridad frente a cualquier ley inferior, así como el del control judicial de constitucionalidad; y **francés** que surge como emanación del poder constituyente, fruto del movimiento revolucionario iniciado en Francia en 1789 y que sacudió los cimientos del *ancien regime*, dando paso a una Constitución en la que se proclaman y reconocen los derechos naturales de los individuos basado en el “*contrato social*” de J. J. Rousseau y en el concepto de libertad elaborado por éste de que: “el hombre nace y permanece libre”.

Se puede afirmar con Acosta Sánchez que “los efectos básicos de la teoría del Estado sobre el constitucionalismo originario derivaron del *iusnaturalismo*, fuente pre y supraconstitucional de la idea del contrato social como base de la soberanía del pueblo, y de la *proteica* influencia de la doctrina de la separación de los poderes”⁷. Esto nos conduce a expresar que el movimiento ideológico y político generado alrededor de la necesidad de que el Estado estuviera regido por una ley suprema se denominara: *Constitucionalismo*, que es el sistema político regulado por un texto Constitucional, tal como antes se le ha definido. Y ese movimiento que si bien se gesta en Europa como respuesta a la teoría pura del Estado, en sus distintas manifestaciones, que no concebía la posibilidad de una constitución como ley suprema ni un control de la actividad

7 op. cit. p. 57

legislativa por los jueces, como el caso de la Gran Bretaña que sigue adherida al sistema de la soberanía parlamentaria, alcanza su mayor consolidación en América.

La evolución de ese concepto negativo logra transformar la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu, en fuente primaria de la Constitución, que es considerado como “uno de los padres del movimiento constitucional”,⁸ que gana su mayor expresión y concreción en las antiguas colonias americanas gracias al impulso que le imprimiera la obra de John Adams, calificado por ello como el primer constitucionalista de la historia moderna y propulsor del juicio de constitucionalidad de las leyes que cifraba en su concepción de que debía ser declarada nula y permanecer inaplicada toda ley contraria a los principios fundamentales de la Constitución, principio hoy conocido como el “control de constitucionalidad de las leyes”, lo que se traduce en la fórmula, a través de los tribunales, en cuya virtud se protege la Constitución.

Sin lugar a equívocos la inspiración definitiva del constitucionalismo tuvo su fuente en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789, según el cual “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”. Y es lo que lleva a Ignacio Otto a decir que “la finalidad del movimiento que se llamó constitucionalismo no era introducir una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público”.

II. Supremacía de la Constitución

Pero, no cabe duda que el concepto de la supremacía de la Constitución deriva de la aplicación de la *judicial review* existente

8 op. cit. p. 60-66

en las difusas prácticas de los tribunales coloniales en el norte de América, que algunos sitúan, en el tiempo, inclusive, antes de la creación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.⁹ Y de ella dice Acosta Sánchez que “es la piedra angular de toda la estructura constitucional de la nación americana”, pero que si es cierto que ella se forma “en el silencio de los textos”, no lo es menos que tal control empírico de constitucionalidad, que nació con carácter más definido a resultas de la revolución de 1800, no tuvo por objeto en sus principios garantizar la supremacía de la Constitución federal frente a las leyes y tratados, en otras palabras, a su protección como norma, sino a la defensa del nuevo Estado y a la Constitución nacional, que el citado autor resume diciendo: “Ni la supremacía de la Constitución fue aneja a la Constitución que se aprueba en 1789, ni cuando realmente se dio esa supremacía constituyó un fin en sí. El fin esencial era otro: atender a la conflictiva consolidación del federalismo, nuevo orden nacional”.

Sin embargo, si ese fue el propósito político de la revisión judicial de las leyes que había inaugurado John Marshall en 1803, con ese fallo se logró también la consagración de los ideales del constitucionalismo bajo el predicamento, conocido como la “lógica de Marshall”, que tiene como soporte básico que “en caso de un conflicto entre la Constitución y una ley, el juez no tiene más remedio que aplicar la Constitución, dejando de lado la ley, o aplicar la ley a expensas de la Constitución; y que si la Constitución se reconoce como ley suprema, lo que implica que no solamente es una ley sino que también define que otras normas son leyes y que no puede ser derogada por el legislador como una ley ordinaria, sólo cabe la primera posibilidad, ya que de lo contrario las constituciones serían vanos intentos del pueblo de limitar lo ilimitable”.¹⁰ Aunque ya antes, un abogado de Boston, James Otis en 1761 en un famoso juicio en los tiempos de las

9 Acosta Sánchez, José, op. cit

10 Sola, Juan Vicente, op. cit. p

colonias, había anunciado uno de los principios fundamentales del constitucionalismo sin Constitución, al expresar que una ley contraria a la Constitución es nula, y que una ley que vaya contra la equidad natural se ha de tener por inexistente.¹¹

Sin embargo, para determinados autores las raíces del control de constitucionalidad de las leyes se encuentran en un pasaje de la famosa sentencia dictada por el inglés Edward Coke al juzgar el caso del doctor Bonhams, en 1610, en que éste recurrió la decisión del Real Colegio de Médicos, que le prohibía el ejercicio de la medicina. Se pretendía que el magistrado Coke había enfrentado la supremacía del *common law* al Parlamento, que tenía para la época, además, funciones jurisdiccionales, y de ahí el nacimiento del control judicial de la ley. No obstante, predominó la opinión de que para Coke el Parlamento inglés era el depositario del poder supremo y que por ello, según James Bryce, no era posible situar su doctrina en los orígenes de ese control judicial de la ley puesto que la esencia de ese control radica en la limitación del legislador¹², o sea, en la sumisión de éste a la ley suprema, lo que no se logró bajo esta doctrina. A pesar de ello y de que, de igual modo, se ha insinuado que los orígenes del control de constitucionalidad hay que buscarlo en los procesos políticos de la Edad Media, es innegable que ese control surge con la diafanidad y fortaleza con que fue transmitido a la posteridad, por la *judicial review* norteamericana, mediante la cual el jefe de la justicia de los Estados Unidos John Marshall, aunque algunos se lo regatean, determinó, como se verá, declarar inconstitucional una ley federal. Estudiosos de estos orígenes como James Beck, encuentran “un lazo de filiación directa” entre las facultades de control sobre las leyes de los tribunales americanos y las que en la misma dirección habían ejercido, de algún modo, los altos tribunales franceses del siglo XVIII.

11 Acosta Sánchez, José, op. cit. p. 92-96

12 Acosta Sánchez, José, op. cit. p. 35

III. Objeto y normas a que se aplica el control de constitucionalidad.

Juan Vicente Sola¹³ postula que para clasificar los diversos sistemas de control judicial de constitucionalidad deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: a) los órganos a los cuales corresponde el poder de control; b) la forma en que se plantea y resuelve la cuestión de constitucionalidad; y c) los efectos que se derivan de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad, para explicar luego que desde el punto de vista del órgano a que pertenece el control éste es difuso o concentrado, llamados también americano y europeo y sobre los cuales apunta, para señalar la manera en que ejercen su poder de control, que en el primero ese control se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios, en tanto que en el segundo el control se concentra en un sólo órgano judicial especial. En cuanto a la forma que se plantea, *el sistema difuso de control* se ejerce por vía incidental mientras que en el sistema concentrado tiene lugar por vía principal o directa, lo que significa que en el sistema difuso las cuestiones de constitucionalidad no pueden ser planteadas por vía directa sino únicamente como incidente en ocasión de un proceso de carácter ordinario y solamente en tanto y cuanto la norma cuya constitucionalidad se discute sea pertinente para la decisión del caso de que se trate, correspondiendo la decisión a adoptar al mismo juez que conoce y decide la cuestión concreta en que ha surgido el punto constitucional. En *el sistema concentrado*, en cambio, el asunto constitucional es decidido por una Corte Constitucional creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato judicial ordinario e independiente de éste, o la cámara o sala constitucional de un Tribunal Supremo actuando como tribunal constitucional. En lo que concierne a sus efectos, la decisión judicial de inconstitucionalidad en el sistema difuso, sólo tiene alcance entre las partes y la norma constitucional

13 Control Judicial de Constitucionalidad, p. 163

sigue vigente. Mientras que en el sistema concentrado el efecto de la decisión tiene carácter *erga omnes* y la norma declarada inconstitucional queda abrogada, caso en que es admitido que el juez constitucional actúa como legislador negativo.

En Francia bajo el influjo de los principios sustentados por la Revolución de 1789, entre los cuales destaca, en la organización del nuevo régimen, el de la *separación de los poderes*, se entendía como una aberración que el poder judicial declarara la nulidad de una ley del Parlamento, la cual no se discutía porque se la tenía como infalible, a tal extremo que el concepto de legitimidad se hacía coincidir con el de legalidad, al punto de que mientras en los Estados Unidos imperaba el criterio de que la Constitución es sagrada, en Francia, en cambio, lo era la ley. De ahí que el control de constitucionalidad en esa sociedad tuviera un escasísimo desarrollo hasta la primera mitad del siglo XX cuando se crea (1958) el Consejo Constitucional que tiene, entre sus principales atribuciones, el *control preventivo* de los actos susceptibles de ser objeto de control de constitucionalidad tales como: Los reglamentos de asambleas y tratados; las leyes orgánicas y las ordinarias, antes de su promulgación, y los tratados antes de su ratificación. Y hay que suponer que este mecanismo fue ideado por los franceses para preservar en lo posible el principio de la separación de los poderes, sobre el cual se había edificado el régimen nacido de la Revolución de 1789.

Y es que indudablemente, el control preventivo garantiza la correspondencia de la ley, no promulgada, con la Constitución, lo que no permite el control posterior “incapaz de impedir los efectos jurídicos generados al amparo de la ley anticonstitucional y el consiguiente sacrificio de la seguridad jurídica” derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

Debe observarse, además, que en Francia el control de constitucionalidad a posteriori es la excepción ya que las leyes, después de promulgadas, no pueden ser objeto de impugnación

ni ante el Consejo Constitucional ni ante las jurisdicciones administrativas o judiciales, de lo que se deriva que el *control preventivo* en el sistema francés, es la regla, aunque cabe señalar, sin embargo, que al tenor de lo preceptuado por el artículo 37.2 de su Constitución, los textos de forma legislativa intervenidos en materias que no son del dominio de la ley y que tienen, por tanto, carácter reglamentario, pueden ser modificadas por decreto sólo si el Consejo Constitucional ha declarado que ellos tienen un carácter reglamentario. Las decisiones de este organismo, según el artículo 62.2 de la Constitución francesa, no son susceptibles de ningún recurso y se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Tienen autoridad de cosa juzgada *erga omnes*.

En la República Dominicana hasta la reforma Constitucional de 1994, el control de constitucionalidad, repetimos, sólo era posible por vía del sistema difuso, es decir, como excepción en el curso de un proceso judicial entre partes. Esto llevó a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, actuando en función de Corte de Casación, a sentar, previo a la revisión de 1994, el criterio según el cual: “*La disposición del artículo 46 de la Constitución de la República, lo que manda, en cuanto al orden judicial, es que todo tribunal o corte, en presencia de una ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a la Constitución, surgido con motivo de un proceso, en cualquiera de las materias de su competencia, debe pronunciar su nulidad, aunque no la hayan promovido las partes envueltas en el mismo, esto es, de oficio, sin el cumplimiento de ninguna formalidad, de cualquier naturaleza que sea*”¹⁴. Pero, la reforma a que se hace referencia precedentemente, reintrodujo después de 79 años de ausencia de nuestro ordenamiento jurídico, el control concentrado o abstracto de constitucionalidad, adquiriendo ese control desde entonces un carácter mixto o integral que aún subsiste.

14 B. J. 812, julio 1978, p. 1476-77

IV. Los órganos de la jurisdicción constitucional

Vista frente a su aparición en América, la justicia constitucional en Europa es de origen reciente pues realmente surge con la creación de los Tribunales Constitucionales, durante los primeros años que siguieron a la Primera Guerra Mundial, siendo el checoslovaco, en febrero de 1920, el primero, y el austríaco, en octubre del mismo año, el segundo. España le sigue al instituir en 1931 el Tribunal de Garantías Constitucionales cuya duración se extendió hasta el advenimiento de Francisco Franco, como Jefe del Estado español. La Constitución de 1978, vuelve a confiar la justicia constitucional a un Tribunal Constitucional. En Italia se establece por primera vez en diciembre de 1947, en Alemania en 1949, en Francia en 1958 y en otros países de Europa después de la década de los 70's.

La competencia y ubicación de esta jurisdicción las define el maestro Favoreu al decirnos que se trata de *“una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso-constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”*¹⁵. Conforme a estas especificidades la cuestión constitucional, en lo que atañe a su control, sólo los tribunales especialmente creados con este fin tienen competencia exclusiva para determinar la constitucionalidad de las leyes, lo que obviamente excluye a los jueces ordinarios de esa importante misión. Difiere este sistema, aunque no de manera absoluta, del americano, que desde su origen adoptó y aún mantiene, el régimen de la unidad de jurisdicción en su estructura orgánica, del cual nos dice el mismo autor que no funciona bien más que allí donde hay unidad de jurisdicción como en los Estados Unidos y en todos los países de *common law*, porque en ellos no hay separación de lo contencioso, y la dimensión constitucional puede estar presente en todos los procesos sin necesitar de un tratamiento aparte, y *sin riesgo de conducir a divergencias de opinión sobre la constitucionalidad de los textos fundamentales*. La justicia constitucional, agrega el

15 op. cit. p. 13

citado profesor, no se divide: aunque de manera difusa se localiza en el seno de un aparato jurisdiccional único, coronado por un único tribunal supremo, o sea, que está concentrada en manos de una jurisdicción constitucional única.¹⁶

En este último modelo de Tribunal Constitucional cuyo diseño es obra del austríaco Hans Kelsen y que tiene como norma fundamental a la Constitución, se insertan, sobre todo en las modernas, un catálogo de derechos fundamentales y de libertades individuales, protegidos por el amparo, como lo hace la española, y la que permite, a través de la institución de ese órgano, la posibilidad de anulación de los actos que le son contrarios. Es por eso, es decir, por estar la justicia constitucional en manos de una jurisdicción especialmente creada con este propósito, que se le reconoce poseer el monopolio de lo contencioso constitucional y que actúa con plena independencia para asegurar el respeto a la Constitución, pese a las fricciones que se suscitan con los Tribunales Supremos ordinarios.

Se sostiene, sin embargo, que en los países en que el control de constitucionalidad está confiado a la jurisdicción ordinaria se ofrece, sin embargo, una mayor garantía para la eficaz protección del principio de la supremacía de la Constitución al abrir este sistema la posibilidad de que por esa vía participen todos los órganos jurisdiccionales en la función de control de constitucionalidad de las normas, en la cúspide de los cuales se encuentra un Tribunal Supremo¹⁷, que es el caso, como ya se ha dicho, de la República Dominicana donde ha prevalecido el sistema de control difuso desde su fundación, aunque desde 1994 cohabita con éste el control concentrado a cargo del pleno de la Suprema Corte de Justicia, la que se apodera directamente en función de Tribunal Constitucional.¹⁸

16 op. cit. p. 20

17 Díaz Revorio, Francisco, abstract, módulo VI, El control de constitucionalidad, Post-Grado Justicia Constitucional, San José, Costa Rica, 2005.

18 Romboli, Roberto, La aplicación de la Constitución por la Constitución por la Jurisdicción ordinaria en Italia. - Renoux, Thierry, La Jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿Independencia, convergencia o competencia? Cuadernos de Derecho Público, núm. 7 (mayo-agosto 1999). En estos trabajos se analizan los defectos y virtudes de los sistemas difuso y concentrado, de control de constitucionalidad de las leyes.

V. El caso dominicano.

Llama la atención que la primera Constitución del Estado Dominicano, conocida como la Constitución de San Cristóbal de 1844, recogiera en su artículo 125, la novedosa iniciativa de prever, bajo sanción de nulidad de lo juzgado, que “ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general sino en tanto sean conformes a las leyes”. Pienso así en razón de que para aquella época apenas podía concebirse que un pueblo que acababa de iniciar un proyecto de Nación, poniendo en marcha sus instituciones, con un bajo índice intelectual, consagrara tan temprano su vinculación al constitucionalismo, movimiento cuyo objeto ha sido y es hacer depender la estructura jurídica del Estado de la Constitución.

Sin embargo, esto se explica en el hecho de que en los ámbitos europeo y americano comenzaba a sentirse la influencia del caso *Marbury vs. Madison* que brindó la oportunidad al *chief justice* de los Estados Unidos, John Marshall, de inaugurar, mediante la decisión adoptada en 1803, un sistema de control judicial de constitucionalidad, al establecer en su fallo que “el Congreso no podía ampliar la jurisdicción original del Poder Judicial mas allá de las enumeradas en la misma Constitución”. En la especie se trataba de una ley adoptada por el Congreso de aquella Nación en virtud de la cual, al final de la administración del Presidente Adams, se autorizaba a éste a hacer nombramiento de jueces de paz en exceso de lo previsto en la Constitución. Esa disposición legislativa, por haber excedido en su número la competencia obviamente territorial de esos magistrados, fue declarada inconstitucional, quedando definido desde entonces por vía de la jurisprudencia, el control difuso de constitucionalidad¹⁹, modelo que, como se ha señalado, ha seguido, alternándolo con el control concentrado, la justicia constitucional dominicana.

19 Sola, Juan Vicente, op. cit. p. 187

La Constitución americana, por una parte y la sentencia *Malbury vs. Madison*, por otra, no sólo inspiraron al constituyente dominicano para concebir un modelo de Ley Fundamental de base iusnaturalista y separación democrática de poderes, sino que *en el orden procesal constitucional*, de manera implícita, dejó establecida la garantía de la posibilidad de anulación de los actos que le son contrarios al dejar sentado el principio de que los jueces ordinarios quedaban obligados, aun de oficio, a verificar la constitucionalidad de las leyes, dejándose de ese modo plasmado, en forma sustantiva, el sistema de control difuso. Y aunque el texto citado guardó silencio sobre si era necesario o no para que el tribunal asumiera su rol, que hubiera controversia judicial entre partes, ello resultaba obvio pues, además, la inconstitucionalidad sólo podía alegarse para la época como medio de defensa en el curso de un litigio, lo que permitió poner en ejecución por vez primera en la práctica judicial dominicana el control jurisdiccional de constitucionalidad, por vía de la excepción de inconstitucionalidad que puede plantearse en cualquier materia y ante cualquier tribunal.

No es sino en la Reforma de 1924, auspiciada por el Plan Hughes Peynado,²⁰ que organizó la terminación de la ocupación americana del territorio nacional, que se establece como prerrogativa exclusiva de la Suprema Corte de Justicia, decidir en primera y última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos pero sólo cuando éstos, en interés general, sean atentatorios a los derechos individuales consagrados en la Constitución. En los demás casos la admisibilidad de la acción estaba supeditada a la existencia de una controversia entre partes en que se cuestione la constitucionalidad de uno o de varios de esos actos atacados en el pleito, caso en que el tribunal apoderado debía sobreseer su decisión sobre el fondo hasta el fallo de la Suprema Corte. Así nace el control concentrado de constitucionalidad por acción directa. Pero su presencia en el ámbito jurídico nacional

20 Plan de evacuación de las tropas norteamericanas de intervención en la República Dominicana en 1924.

fue efímera pues desapareció con la Reforma Constitucional de 1927, por razones que no es el momento de analizar, volviéndose al sistema de control difuso que originalmente había instituido la Constitución de 1844.

La Reforma Constitucional de 1994 devuelve a la Suprema Corte de Justicia, en ausencia de un Tribunal Constitucional creado para juzgar especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, o de otro órgano dentro de nuestro Tribunal Supremo, la facultad, con algunas variantes, que le había reconocido la Reforma de 1924, al decretar en su artículo 67 que *corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.*

Fácil es pues convenir en que desde el inicio de nuestra conversión en Nación organizada democráticamente ha sido preocupación del constituyente dominicano la consolidación de la *justicia constitucional*, lo que es, en otros términos, la exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales de que los actos de los poderes públicos se hagan y emitan conformes a los preceptos normativos de la Constitución. No cabe discusión entonces, que cada vez que ésta atribuye competencia a la Suprema Corte de Justicia como órgano de control de la constitucionalidad, la erige, aunque no en términos estrictos o absolutos, en un Tribunal Constitucional.

Abstracción hecha de las veces que el elevado tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley, decreto, resolución, reglamento o acto en ocasión de una controversia judicial entre partes, en uso, desde los orígenes de la República, del denominado control difuso, el control concentrado, en cambio, ha regido sólo en dos oportunidades: 1924, por un corto período, y desde 1994 hasta nuestros días. En esas dos etapas, aunque no de manera sostenida, es innegable el avance experimentado por la justicia constitucional, sobre todo en el período, aún abierto,

que se inicia con la revisión de 1994 a nuestra Ley Sustantiva, durante el cual se ha emitido el mayor número de decisiones de constitucionalidad sobre disposiciones y actos de los poderes públicos y otros órganos del Estado.

Es que, como dice Acosta Sánchez, reafirmando todo lo expuesto al respecto, es admitido hoy “que el control que le es propio a la jurisdicción constitucional recae sobre los actos estatales, de lo que es necesario entender todo acto de autoridad imputable a un órgano del Estado actuando en el ejercicio de la función pública, así como que *no hay ningún acto estatal que pueda escapar, por definición, a la jurisdicción constitucional*”.

La misión preservadora de la Constitución que corresponde al juez constitucional aun en caso de laguna o imprevisión le obliga más que al juez ordinario, a pesar de que éste está advertido por el artículo 4 del Código Civil de que no puede rehusar juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, a llenar la laguna cuando el texto supremo la evidencia, pues “los preceptos constitucionales deben ser interpretados no sólo por lo que ostensiblemente indican sino también por lo que resulta implícito en ellos, lo que permite a la jurisdicción constitucional cumplir su rol de instrumento regulador de las funciones del Estado”. Así procedió la Suprema Corte de Justicia en su sentencia del 8 de agosto de 1998, B. J. 1053, p. 3 y sgts. al interpretar o cubrir la laguna que advirtió en el artículo 67.1, en el sentido de que la expresión: “conocer de... y de la constitucionalidad de las leyes... no debe interpretarse de manera restringida limitada a los actos propiamente legislativos, sino que ella comprende toda norma social obligatoria que emane de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes.

En fin, después de las consideraciones que anteceden se impone precisar ahora la noción de tribunal constitucional y sus distintas modalidades las cuales pueden determinarse, según Ferrer MacGregor, desde dos ópticas, a saber:

- “a) Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales;
- a) La noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes y tribunales supremos de América Latina, entre estos la Suprema Corte de Justicia de México y la República Dominicana, – agregamos nosotros.

En algunos países donde funciona el sistema americano o difuso de control constitucional, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía funge materialmente como tribunal constitucional, como sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, donde si bien las resoluciones de la Corte Suprema Federal operan sólo para el caso particular, en la práctica tienen efectos generales, debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial derivado de la doctrina del *stare decisis* que aunado al *writ of certiorari*, introducido en aquel ordenamiento desde el año 1925 consistente en la facultad discrecional para conocer de los asuntos relevantes y trascendente del país, la Corte Suprema resuelve mayormente asuntos de índole constitucional”.

Según este autor “debe entenderse por tribunal constitucional a los órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los

litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”.²¹

VI. Perspectivas para el reordenamiento del control constitucional en la República Dominicana.-

Actualmente nuestra Suprema Corte de Justicia posee la dualidad de funcionar como Tribunal Judicial Supremo y como Tribunal Constitucional. Ante las distintas soluciones u opciones que tienen los diferentes sistemas para atender la cuestión constitucional existen las posibilidades siguientes: **Primera.-** Crear formal y materialmente un *tribunal constitucional*, situado fuera del poder judicial que se dedique exclusivamente a los asuntos de contenido constitucional; **Segunda:** Crear una *sala constitucional* dentro de la propia Suprema Corte de Justicia, siguiendo los modelos existentes en varios países de América; y **Tercera.-** *Fortalecer al pleno de la Suprema Corte*, en sus funciones de tribunal constitucional, lo que significa continuar con la fórmula actual.

Cada una de estas posibilidades tiene sus virtudes y sus inconvenientes. La primera cuenta con mucha simpatía entre abogados, académicos y políticos, o sea, la creación de un tribunal constitucional fuera del poder judicial. Es una alternativa que requiere un cambio de la estructura constitucional, en tanto que a ello se oponen las dificultades siguientes: 1) Un tribunal constitucional implicaría también crear una nueva jurisdicción en contra de lo que la doctrina denomina **unidad de jurisdicción**, que consiste en que todos los órganos o tribunales de justicia pertenezcan al Poder Judicial, al considerarse que la función jurisdiccional originaria debe ser ejercida por este poder del Estado; 2) Si bien la mera pertenencia de un tribunal al poder judicial no garantiza por sí sola su independencia, además de que, resulta evidente que la proliferación de tribunales fuera de dicho poder tiende a debilitar

21 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, 2004, Págs. 37 y sgts.

a éste, propicia la diversidad y la contradicción en los criterios de interpretación jurisdiccional de la ley y, según algunos no contribuye al aseguramiento de la independencia judicial aunque sí a la conformación de un cuarto poder del Estado con todas las implicaciones que esto conlleva.

Y por su parte, la creación de una *sala constitucional* dentro de la Suprema Corte de Justicia no deja de tener sus intrínquilis. Lo importante y positivo consistiría en que su misión exclusiva estaría enfocada hacia los asuntos de índole constitucional, en tanto que la parte negativa la constituiría la amenaza de que esa formación se convierta en una especie de superestructura o de supersala, con capacidad para revisar las decisiones de las otras salas o cámaras y hasta del pleno de la Suprema Corte, como ocurre en Costa Rica con su ya famosa Cuarta Sala y también en Venezuela. En América Latina existen en la actualidad cuatro cortes o tribunales constitucionales ubicados fuera del poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú), dos tribunales constitucionales situados dentro del poder judicial (Bolivia y Colombia) y seis salas constitucionales autónomas que forman parte de las Cortes Supremas (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela). La República Dominicana hasta hoy integra el tercer grupo, o sea, el modelo en vigor en México que hace de tribunal de casación y de tribunal constitucional.

En resumen: a partir de la reforma constitucional de 1994, el sistema de control de la constitucionalidad en la República Dominicana adquirió un carácter mixto o integral al conjugar el denominado método difuso en que las leyes y otros actos de los poderes públicos pueden ser evaluados, desde el punto de vista de su constitucionalidad, por todos los jueces del orden judicial al decidir en el curso de un proceso ordinario, una litis entre partes, llamado igualmente, control concreto de normas que permite al juez inaplicar la ley que considere contraria o no conforme a la Constitución, con el denominado método concentrado que tiene por misión exclusivamente determinar si una norma es válida o no,

esto es, si es o no conforme a la Constitución, independientemente de los derechos subjetivos y de todo proceso judicial entre partes. Es el denominado control abstracto de las normas que se ejerce de manera directa ante el órgano competente.

Puede afirmarse que el derecho procesal constitucional dominicano se inicia con caracteres de permanencia al producirse la reforma del artículo 67 de la Constitución en agosto de 1994, al consignarse ahí la facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, aunque justo es declarar que aun hoy no existe una ley reglamentaria para su puesta en obra y que la proveedora que ha llenado esa laguna ha sido la jurisprudencia por vía pretoriana, salvo las materias del habeas corpus y del amparo reglamentado por el Código Procesal Penal la primera, y por la Ley No. 437-06, la segunda, vinculadas ambas a la cuestión constitucional.

Es de desear que la futura reforma constitucional defina la competencia del órgano: Tribunal Constitucional, Sala Constitucional o Suprema Corte de Justicia, que ha de entender en los conflictos constitucionales. Hasta ahora muchas razones militan a favor de una Sala de lo constitucional dentro de la Suprema Corte o de que ésta sea fortalecida para que siga el modelo mexicano. La coexistencia en un ordenamiento jurídico de un Tribunal Supremo para justicia ordinaria, y un Tribunal Constitucional, especialmente creado para los juicios de constitucionalidad, se constituye ordinariamente en fuente permanente de conflictos, roces y fricciones que se pone de manifiesto con frecuencia cada vez que la jurisdicción ordinaria (Tribunal Supremo o Suprema Corte) se atribuye funciones de control o revisión de las decisiones de la Jurisdicción Constitucional dictadas en ejercicio de la función jurisdiccional que de manera exclusiva le asigna la Constitución o viceversa, como ha sucedido en España, donde una decisión, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con motivo de un recurso de casación, fue anulada por el Tribunal Constitucional, debidamente apoderado, por vía de una acción de

amparo, al reconocer éste que a la accionante (Isabel Preysler, antigua esposa de Julio Iglesias) se le había lesionado su derecho a la intimidad personal y familiar, en tanto que la Jurisdicción Suprema ordinaria había calificado los hechos que dieron lugar al querrellamiento de la Preysler de “chismes de escasa entidad”. El affaire en el citado caso entre las dos jurisdicciones españolas culminó, algo insólito, con recíprocas descalificaciones y, lo que es peor, con una condena impuesta por el Tribunal Supremo ordinario a los jueces del Tribunal Constitucional, al considerarlos incurso en responsabilidad civil después de enjuiciar resoluciones de amparo dictadas por este tribunal en el legítimo ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

Otro ejemplo de la tensión entre ambos tribunales se puso de manifiesto en otro asunto en que el Tribunal Constitucional acordó anular una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación con el valor que había de darse a la negativa a realizar unas pruebas biológicas de paternidad. En este caso la confrontación de los dos tribunales llegó a tal grado que el Tribunal Supremo amenazó con acudir al Jefe del Estado para que éste dirimiera la controversia. La cordura se impuso y el apoderamiento no se produjo, salvándose la institucionalidad. En Italia el enfrentamiento entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación ha sido tan evidente como el de las cortes españolas. Las malas relaciones entre ambas entidades cobraron nuevo vigor recientemente (año 2000) después de aparente armisticio de varios años a propósito de dos sentencias de las referidas cortes dictadas en relación con la materia de intereses bancarios y de los efectos de la jurisprudencia constitucional sobre la de los Tribunales ordinarios. La Corte Constitucional declaró inconstitucional una disposición que preveía la validez de las cláusulas contractuales relativas a la producción de intereses sobre intereses (**anatocismo**) devengados anteriores a su entrada en vigor, en tanto que la Corte de Casación consideró legítima la aplicación retroactiva de intereses a los contratos de mutuo anteriores a la promulgación de la ley. En nuestra América, Colombia es el ejemplo más revelador

de esa contradicción. Los casos reseñados por Jaime Arrubla Paucar, Juez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la conmemoración por la Suprema Corte de Justicia del Primer Centenario del Recurso de Casación en el mes de febrero último, en su ponencia, muestra la gravedad y poca posibilidad de esa coexistencia.

EL ORDEN CONSTITUCIONAL: REFORMAS Y RUPTURAS

DIEGO VALADÉS¹

SUMARIO: 1. Consideraciones previas; 2. Orden jurídico y orden constitucional; 3. Origen revolucionario del ordenamiento constitucional; 4. Defensa del ordenamiento y derecho de resistencia; 5. Defensa del ordenamiento e inviolabilidad de la Constitución; 6. Supremacía de la Constitución y defensa del ordenamiento; 7. Reforma y mutación constitucional.

1. Consideraciones previas.

En este estudio se examina el significado de las expresiones *orden jurídico*, *ordenamiento jurídico* y *orden constitucional*. Una vez establecida la relación entre esos conceptos generales, se alude a la formación revolucionaria del ordenamiento constitucional y al efecto paradójico del desarrollo del derecho de resistencia como forma de defensa de ese ordenamiento. La explicación de esa resistencia se fundamenta en la inviolabilidad del orden constitucional. Ahora bien, un orden rígido se expone a fracturas y es, por esa misma razón, contrario a las causas que le dieron origen.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM). La UNAM lo reconoce con el PRIDE Nivel D. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores y al Colegio de Sinaloa. El Sistema Nacional de Investigadores lo reconoce como Investigador Nacional Nivel 3. Es Miembro de la Academia Mexicana de la Lengua. Investigador Titular "C" tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM). Miembro Fundador Honorario del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Entre los temas de interés que ha desarrollado en el área de Derecho Constitucional se encuentran: Control del poder, Poder Legislativo, Sistema Representativo, Derecho Constitucional Comparado e Historia Constitucional. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

La intangibilidad del orden constitucional corresponde a una posición conservadora que, más allá de las cuestiones ideológicas que suscite, contradice los datos empíricos conocidos. Es posible eludir cambios por un tiempo, pero es imposible evitarlos en un horizonte temporal ilimitado. No se puede prever el momento en el se producirá un cambio radical, pero sí se puede asegurar que en el horizonte de la historia las acciones políticas o de fuerza encaminadas a vedar los cambios de un orden constitucional, han fracasado.

Las normas que se ostentan como intangibles acaban siendo quebrantadas, en tanto que las que construyen instrumentos adecuados para su reforma encuentran formas de adaptación que permiten atenuar las resistencias al cambio y moderar los impulsos transformadores más radicales. El orden constitucional se ha construido como una expresión de equilibrio que alienta los cambios e inhibe las rupturas. En tanto que sólo hay orden constitucional cuando existen libertades públicas, equidad social, responsabilidad en el desempeño de las funciones públicas, y garantías para la defensa eficaz de los derechos subjetivos, las tentaciones de ruptura apuntan por lo general en un sentido regresivo. Ese orden se ha construido por agregación, si bien se han alternado diferentes etapas entre procesos evolutivos lentos y cambios acelerados.

La construcción de todos los órdenes constitucionales incluye fases de evolución ponderada y de transformación acentuada. La forma en que esas fases se acomodan y se compensan, corresponde a la experiencia particular de cada Estado constitucional. Sin embargo, hay constantes que se pueden identificar en todos los sistemas jurídicos que han adoptado el ordenamiento constitucional como base para su regulación.

Al lado de los sistemas organizados como Estado constitucional subsisten algunos sistemas tradicionales, donde el ejercicio del poder se acomoda a patrones arcaicos, y sistemas donde las

normas vigentes carecen de positividad, y por ende sólo cuentan con un ordenamiento de apariencia formal, pero no de eficacia material. En este ensayo me refiero sólo a aquéllos casos en los que existe un orden constitucional y donde, por lo mismo, una de sus bases de sustentación consiste en su inviolabilidad. Debe distinguirse, con todo, que la inviolabilidad no excluye la reforma del ordenamiento; más aún, la inviolabilidad implica reformas ocasionales, a condición de que en cada caso se apliquen las reglas previstas para ese efecto por el propio ordenamiento.

2. Orden jurídico y orden constitucional

Un orden jurídico es un sistema de normas. Para que en un Estado constitucional se pueda hablar de un sistema, las normas deben corresponder a objetivos comunes, para generar en lo posible adhesión espontánea a la norma, y obediencia en el caso de su imposición coactiva; deben presentar una estructura coherente, sin desconocer la posibilidad de colisión entre los principios y entre las normas mismas, para lo cual son necesarios procedimientos razonables de composición; y deben resolver los problemas de relación social, de suerte que toda cuestión pueda ser atendida y resuelta mediante la aplicación de una disposición jurídica. De no ser así, en lugar de un ensamble armonioso al que se aspira para asegurar la completitud del orden jurídico, se produciría sólo un agrupamiento informe de normas inconexas, excluyentes entre sí o insuficientes para regular los procesos sociales, por lo que su aplicación sería imposible.

Ese esquema teórico representa una especie de referente para guiar el diseño de las normas, pero sería ingenuo suponer que las cosas suceden conforme al patrón conceptual ideal. En la realidad de todos los sistemas se producen fenómenos contrarios a los apuntados por la teoría. La idiosincrasia de los Estados constitucionales no está en la perfección, sino en disponer de los instrumentos adecuados para enmendar en lo posible las distorsiones a las que está expuesto todo proceso cultural. Las

posiciones maximalistas, las tesis anti-relativistas, desconocen la realidad. Los fenómenos culturales, y el orden jurídico es uno de ellos, no reproducen la realidad a la manera de las ciencias exactas; pasar por alto la falibilidad de las construcciones culturales equivale a una trasposición de los patrones dogmáticos de las ideologías teológicas a los estándares sociales. Por lo mismo, cuando se enuncian los elementos característicos de un sistema de normas, en rigor debería decirse que se trata de los objetivos que indican las pautas a seguir en su construcción, desarrollo y preservación, sin que se entienda que los elementos teóricos del orden jurídico son categorías históricas absolutas.

Un sistema normativo debe contar con una base identificable, razonable, inteligible, válida y positiva, a la que se suele aludir como norma fundamental. Esa norma básica es la Constitución, con independencia de la expresión formal, escrita o consuetudinaria, que adopte. Se considera identificable, porque se distingue, por su jerarquía y por su contenido, de las demás normas que integran el sistema; razonable, en tanto que es un referente común que organiza procedimientos estandarizados conforme a un curso ordenado y predecible; inteligible, para que oriente la acción de gobernantes y gobernados y determine así el contenido de las normas de desarrollo; válida, en tanto que su elaboración y su implantación se adecuan a los procesos normados por ella misma; positiva, en cuanto que sus preceptos son imperativos.

Los sistemas normativos pueden ser estables o inestables, dinámicos o estáticos. Son estables los que permiten resolver las tensiones de la convivencia social y de la contención política a través de instancias y procedimientos jurídicos; son dinámicos los que regulan y auspician su propio cambio. Un sistema estable y dinámico tiende a ser más duradero, en tanto que un sistema inestable y estático resulta más quebradizo por la arbitrariedad de sus actores y por la limitación para introducir cambios. Las demás combinaciones posibles producen diversos grados de irregularidad en el orden jurídico.

La Constitución es un complejo normativo que regula la organización y el ejercicio del poder; las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder; las relaciones entre los integrantes de cuerpo social, los procesos legiferantes,² los medios y procedimientos de adjudicación, y las garantías del sistema normativo. En este sentido, la Constitución es la base del orden jurídico. Por la función que desempeña, la Constitución es un ordenamiento sujeto a cambios e incluso a transformaciones radicales.

El constructo contractualista de la soberanía popular permite resolver el problema del origen de la norma fundamental. Si toda norma encuentra su fundamento de validez en otra norma superior y previa, la escala se recorre hasta llegar a la norma que denominamos Constitución; pero ¿cuál es la fuente de validez de esta norma fundamental? El problema se tiene que abordar conforme al mismo criterio normativo, y entonces se puede establecer que la fuente de validez de la Constitución está en la voluntad soberana de la comunidad que la adopta, y que a su vez esa voluntad resulta del pacto representado por la decisión de vivir asociados. Toda asociación conlleva la necesidad de reglas válidas (aceptadas de manera expresa o tácita) y positivas (aplicadas por alguien haciendo uso de la fuerza legítima, llegado el caso). Aquí se aplica el principio según el cual donde hay sociedad hay derecho, que además de la tradicional lectura jusnaturalista puede ser entendido como una decisión racional colectiva.

Otra posibilidad consistiría en reconocer que no hay solución en cuanto a la base jurídica del orden normativo. Norberto Bobbio,

2 La voz *legiferar* no ha sido admitida aún por la Academia; pero su uso está documentado en inglés desde el siglo XVII, en francés desde el XVII y en italiano desde el XIX. Su origen es el latín *legifer* que significa "hacer leyes [o normas]" [*lex + -fer*]. Utilizo el verbo y el adjetivo porque tienen una mayor amplitud de *legislar*. Por actividad legislativa se entiende el proceso de generación o reforma de leyes; en cambio por actividad *legiferante* se comprende todo proceso de elaboración o modificación de normas, incluidas las constitucionales, las administrativas, las jurisprudenciales y las consuetudinarias. Como *norma de reconocimiento* del origen y formación de otras normas, la Constitución regula todos los procesos de *nomogénesis*, de los que resultan otras normas constitucionales, además de la regulación secundaria.

por ejemplo, señala que es inútil buscar el fundamento de la norma fundamental dentro del sistema normativo, porque en el orden lógico si hubiera una norma que ofreciera fundamento a la norma fundamental, esa sería la verdadera norma fundamental. Pero esta vía nos conduce afuera del sistema jurídico, de suerte que un hecho político fue a la vez un acto constituyente. En tanto que no se trata de una cuestión empírica, no es relevante determinar cuando se produjo ese momento fundacional, sino en qué consistió. Y esto es lo que permite resolver la teoría del contractualismo, sin tener que apelar a un acto autoritario como fundamento del orden jurídico. La importancia de esta perspectiva es que ofrece fundamentos para fundamentar las tesis democráticas.

El contractualismo, como expresión colectiva y libre de una voluntad que supone un complejo haz de relaciones sinalagmáticas, implica la preservación de la libertad de las partes y de sus elementos concomitantes: dignidad personal, equidad social y certidumbre del ordenamiento, por lo que el pacto no puede ser invocado para sustentar la sujeción de la sociedad o de alguno de sus individuos a un poder o a un estado de cosas adversos al motivo o causa de la asociación.

También hay un orden jurídico internacional. En este caso no se trata de un sistema que se apoye en una Constitución de carácter planetario, sino en la multiplicidad de los sistemas constitucionales nacionales, con fundamento en los cuales las respectivas autoridades estatales están en aptitud de contraer compromisos y de ejercer derechos en nombre de las comunidades que representan. Una vez más, el orden jurídico está asociado a la norma fundamental de cada Estado integrante de la comunidad internacional.

La diferencia entre estudiar una norma individual, o una institución en particular, y examinar un sistema completo, radica en que este último ejercicio demanda identificar las interacciones entre las normas. Llamo interacciones a las relaciones reflexivas o recíprocas que entre sí tienen las disposiciones situadas en un

mismo nivel jerárquico, en este caso las constitucionales. Todos los sistemas constitucionales, originales o derivados, iniciales o reformados, pueden presentar problemas constructivos debidos a las interacciones no previstas.

El fenómeno de las interacciones está en el origen de numerosos errores en el diseño de constituciones de nuevo cuño o de constituciones reformadas. El origen consensual de las nuevas constituciones y de sus reformas, implica que la elaboración de las normas constitucionales obedezca a negociaciones políticas. Todo proceso de este tipo implica cesiones recíprocas, o al menos concesiones acordes con la fuerza relativa de cada negociador y con la mayor o menor aptitud para practicar el arte del *do ut des*. Sin embargo, a veces la solución política se traduce en un problema jurídico, sobre todo cuando las mutuas concesiones se pactan entre propuestas excluyentes, y o bien no se advierte la serie de posibles interacciones a las que se da lugar, o sí se identifican los problemas posibles pero se opta por una solución perentoria y por transferir el problema a otra etapa de la vida institucional. Es frecuente que la construcción de instituciones constitucionales por la vía de la agregación negociada no tenga los resultados deseados desde el punto de vista de un orden jurídico.

Los problemas derivados del diseño consensual se atenúan en la medida en que los niveles de información disponible por parte de los agentes políticos, son más homogéneos. Desde una posición racional, las partes que negocian no pueden querer el error propio ni aceptar el error ajeno, para lo cual es relevante que cuenten con información suficiente que permita prever y evitar esos errores.

Se habla de democracia consensual para denotar la forma de tomar decisiones en contraposición a la decisión mayoritaria. En ese tipo de acuerdo se pueden distinguir dos modalidades: entre una pluralidad de opciones se decide a favor de una; o ante una pluralidad de opciones se decide la adopción parcial de varias. Esta última modalidad, combinatoria, es la que explica la riqueza

en cuanto los matices que las instituciones van adquiriendo en los diversos sistemas constitucionales. Todo acomodo institucional puede resultar satisfactorio si se consigue generar interacciones positivas, y puede traducirse en escollos para la regularidad de la vida institucional si no se hace una adecuada evaluación de sus posibles interacciones negativas.

Los cambios constitucionales suelen dar lugar a diversas expectativas en cuanto a la transformación de la realidad. Con algunas excepciones, en especial cuando se trata de cuestiones procesales u organizativas, numerosos cambios constitucionales requieren de un periodo de sedimentación que sólo se alcanza cuando, con el transcurso de tiempo, se modifican también los patrones culturales concernidos con las instituciones. A veces, cuando se adoptan reformas constitucionales sólo se contemplan los efectos directos de la modificación, sin valorar el impacto en el conjunto normativo ni las posibles implicaciones en el funcionamiento de otras instituciones.

El diseño de las reformas suele corresponder a las necesidades de coyuntura y a veces es el resultado de una visión restringida de las consecuencias que su adopción puede tener en el contexto de las demás instituciones. La función interactiva de las instituciones constitucionales es un elemento central para hacer diseños con posibilidades de éxito. Por esto mismo también es necesario intentar una clasificación de las interacciones institucionales que ayude a comprender los diversos efectos que cada modificación constitucional produce.

Una Constitución no es un catálogo más o menos extenso de normas; una Constitución es un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas. Las constituciones incluyen los derechos de los gobernados y sus respectivas garantías, y la regulación de los órganos del poder. Ese universo normativo integra un sistema de alta complejidad, de suerte que cuando se mueve uno de sus elementos se producen efectos, no siempre previstos, en varios de

los demás componentes. Esas interacciones trabajan de manera distinta en cada sistema constitucional, pero hay regularidades que pueden ser identificadas.

Por lo que hace a los efectos producidos, las interacciones pueden ser neutras, si la combinación de las normas resulta irrelevante por cuanto a favorecer, atenuar o contrariar sus resultados posibles; son sinérgicas, cuando de manera recíproca las normas potencian sus resultados procurados; son sustitutivas, cuando la norma posterior en ubicación desplaza los efectos de la precedente; son compensatorias, cuando unas normas equilibran o corrigen los déficit de otras; son paradójicas, cuando los efectos de una norma pueden producir resultados opuestos a los de otra norma. De acuerdo con el sentido de sus efectos, las interacciones pueden ser singulares o múltiples, según que se produzcan entre dos o más normas; las múltiples, a su vez, pueden identificarse como plurales homogéneas, si generan una diversidad de efectos positivos o negativos a la vez, y plurales heterogéneas, si algunos de sus efectos son positivos y otros negativos.

En suma, el orden jurídico encuentra su base en el ordenamiento constitucional, del que se desprenden todas las características que identifican y hacen funcional al Estado.

3. Origen revolucionario del ordenamiento constitucional.

El problema del origen revolucionario de las constituciones democráticas se resuelve, a partir de la Ilustración, mediante la utilización de dos constructos: la soberanía popular y el contrato social. La primera, atribuye el poder máximo de decisión a la sociedad; el segundo establece los principios conforme a los cuales la sociedad actúa de manera organizada, solidaria y responsable. Esas bases permiten entender dos tipos de procesos diferentes: el constituyente y el reformador de la Constitución. En ambos están presentes, con distintos matices, las ideas del poder soberano y del contractualismo; de ellos se desprenden

las formulaciones relacionadas con los hipotéticos límites de la reforma constitucional.

Parece haber una constante que acompaña a los procesos revolucionarios. El temor de que su propio ejemplo se multiplique, lleva a sus protagonistas a perfilarlos como movimientos terminales. Así se explica el enunciado de la constitución ateniense que establecía “Esto es ley y tradición de los atenienses: si algunos se levantan para hacerse tiranos o ayudan a alguien a establecer la tiranía, sean privados de derecho él y su estirpe,”³ y así se pueden entender otros casos ilustrativos. La idea de la inmutabilidad de las decisiones tomadas con motivo de una revolución ha sido recurrente en diversas épocas y en los más variados regímenes. En la era moderna el primer antecedente lo representa la Constitución de Ginebra de 1738. Este documento es notable por varias razones: reconoció la independencia del Estado y la soberanía de la república organizada conforme a un sistema democrático, enunció derechos fundamentales, reguló el estado de excepción, fijó las responsabilidades del fiscal como representante social, proscribió la tortura, proclamó una amnistía, pero, sobre todo, fue el resultado de un consenso. De ahí su denominación: Reglamento de la Mediación. Los mediadores, representantes del rey Luis XV, de Francia y los magistrados ginebrinos, acordaron que “La ley fundamental del Estado” no sería objeto de cambios en perjuicio de los gobernados (artículo 1°), y proscribía el uso de la fuerza en contra de esa norma (artículo 43); sólo se admitía la posibilidad de realizar cambios mediante el procedimiento de reforma que ese mismo instrumento establecía (artículo 44).

Desde entonces las reglas de la intangibilidad constitucional tienden a ser muy categóricas después de procesos revolucionarios. Por lo general una nueva Constitución es el resultado de una quiebra del orden normativo precedente. Esto explica que los

3 Aristóteles, *Constituciones de Atenas*, 16.10 y 34.3.

nuevos ordenamientos contengan provisiones orientadas a inhibir procesos de recidiva. Las posiciones van desde enunciados muy enfáticos, hasta reglas de razonable moderación. Por ejemplo, la Constitución de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1924, asentaba en su proemio “el carácter indestructible” de las decisiones de los soviets obreros. En el caso italiano, la experiencia fascista hizo que el constituyente de 1947 introdujera el siguiente párrafo final (artículo 139, XVIII): “La Constitución deberá ser observada fielmente como ley fundamental de la República por todos los ciudadanos y los órganos del Estado”.⁴ Esta norma ha sido un factor de importancia para desarrollar la jurisprudencia relacionada con la protección horizontal de los derechos fundamentales. Entre las constituciones recientes, la de África del Sur incorporó una fórmula inobjetable para asegurar la supremacía constitucional. El artículo 2 establece que la Constitución “es la suprema ley de la república; las leyes y las conductas contrarias a ella serán inválidas, y las obligaciones que impone deberán ser cumplidas”.

4. Defensa del ordenamiento y derecho de resistencia.

No disponemos de un concepto unívoco acerca del derecho de resistencia. En términos muy amplios la doctrina admite dos variantes: la resistencia colectiva y la resistencia individual. En la primera, se produce una manifestación de voluntad de organizaciones o de movilizaciones tumultuarias en el sentido de no acatar una decisión de la autoridad; en la segunda, la oposición corresponde a personas identificables que, por razones que les son propias, resuelven no cumplir con un comando normativo por estimarlo contrario a sus convicciones, también tuteladas por el ordenamiento vigente. En ambos casos se trata de posiciones basadas en la certidumbre de que los actos desestimados afectan la esfera de derechos de los inconformes.

4 Este texto no aparecía en el proyecto de Piero Calamandrei.

El derecho de resistencia, del que existen numerosos ejemplos en la antigüedad, fue sistematizado por Althusius.⁵ Señalaba las doce razones para resistir al tirano, de las que una sobresale por su relevancia para la teoría constitucional: el desconocimiento de la naturaleza contractual de las relaciones sociales. Con este fundamento, afirmaba que “donde no puede haber ayuda de juez, a nosotros nos es lícito decir el derecho”. Este extremo corresponde a la vulneración del ordenamiento jurídico, pero también al de anomia. Estos argumentos tendrían amplio eco en otros contractualistas posteriores, como Hobbes, Locke y Rousseau, hasta encontrar su primera expresión moderna en la Constitución ginebrina mencionada más arriba y, con mayor contundencia, en la Declaración de Derechos los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Constitución francesa de 1793.⁶ Está ahí el desarrollo normativo de un principio que ya acogían otras constituciones.

En la actualidad, en Alemania la Constitución establece: “Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra cualquiera que se proponga eliminar el orden constitucional” (artículo 20.4). A su vez la constitución portuguesa prescribe: “Todos tienen derecho a resistir cualquier orden que atente contra sus derechos, libertades y garantías, y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública” (artículo 21).

5. Defensa del ordenamiento e inviolabilidad de la Constitución.

Las constituciones suelen establecer mecanismos que aseguren su inviolabilidad. En el caso mexicano esta fue una decisión tomada como consecuencia de una serie de vicisitudes que

⁵ *Política*, cuya primera edición apareció en 1603. Ver XXXVIII, 29 y ss.

⁶ El artículo 2º de la Declaración de 1789 establecía: “El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. La Constitución de 1793, en su artículo 9º, estableció: “La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los que gobiernan”.

incluyeron episodios sucesivos de dictadura; guerras civiles e intervenciones extranjeras. En 1857 la Constitución incorporó una original disposición, en su artículo 128, que luego fue trasladada, con una ligera modificación gramatical, al artículo 136 de la Constitución de 1917.

El sistema de garantías adoptado por la Constitución para tutelar los derechos que ella misma establece, parte del supuesto de que pueden darse circunstancias en las que alguno o algunos de sus preceptos sean afectados por la acción de una autoridad. Esta es la perspectiva dominante, inspirada en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, cuyas críticas al absolutismo condujeron a concluir que sólo los órganos el poder político pueden afectar la esfera de derechos de los particulares. Pero la Constitución mexicana también contempla otro caso posible de violación: la afectación del propio ordenamiento con motivo de una rebelión. En este punto el constituyente advirtió la diferencia entre vigencia y positividad de la norma suprema. Al perderse las posibilidades reales de aplicar la norma, debido a una rebelión, no se sigue que la Constitución haya dejado de estar en vigor, y por esta misma razón es que el delito cometido puede ser sancionado al restablecerse su observancia.

Un caso inverso, de previsión de caducidad, lo ofrece el artículo 146 de la norma suprema alemana, conforme al cual la Ley Fundamental de 1949 “dejará de regir el día en que comience a regir una Constitución que haya sido aprobada libremente por el pueblo alemán”. Con este precepto se subraya la decisión de haber adoptado una “Ley Fundamental”, y no una “Constitución”. Aunque en el orden convencional ambas expresiones se entienden como sinónimos, cuando se discutió en Bonn, se consideró que la ausencia de representantes elegidos por el sector oriental del país, no permitía elaborar una constitución definitiva, sino sólo un texto provisional. La experiencia ha demostrado que el texto se consolidó, y que rige para el territorio de Alemania reunificada.

Es importante distinguir entre las cláusulas de perennidad y las de inviolabilidad. Las primeras establecen las normas o los principios que no pueden reformados,⁷ en tanto que las segundas sólo reiteran lo que debe entenderse como parte de cualquier orden jurídico vigente: su positividad.

6. Supremacía de la Constitución y defensa del ordenamiento.

El mundo clásico es pródigo en ejemplos de anticipaciones. Por ejemplo, un caso en el que se formula un alegato que podríamos identificar con lo que hoy se denomina “debido proceso legal”, figura en un discurso de Antifonte⁸ donde protesta porque: “Fui traído ante ustedes de manera ilegal y arbitraria.” Luego, en lo que ya podría identificarse como un caso de ejercicio indebido de una función, increpa a los jueces diciendo: “Ustedes carecen de facultades para juzgarme porque no han hecho juramento.” Pocas décadas después, Lisias⁹ también elaboró un argumento muy cercano a la hermenéutica contemporánea. Dirigiéndose a los juzgadores de un caso, exclama: “Yo creo que ustedes deben decidir no conforme a la letra de la ley, sino conforme a su intención [de la ley],... porque sería imposible para un legislador escribir cada palabra con el mismo significado, por lo que cada vez que usan un término, debe verse que cubra todos los significados posibles”.

La defensa abstracta de la legalidad permite que a su vez la ley sea un instrumento para la defensa concreta de la libertad de las personas. Por eso con la aparición del fenómeno normativo conocido como Constitución, se advirtió la necesidad de la defensa de la constitucionalidad. Esta defensa se basa en dos supuestos: la naturaleza normativa de la Constitución y su supremacía dentro del orden jurídico.

7 Es el caso de los artículos 79.3 de la Constitución alemana; 110, de Grecia; 281, de Guatemala; 139, de Italia; 288, de Portugal, por ejemplo.

8 Antifonte *En defensa de Helos*, [circa 415 a. n. e.] 8 y 13.

9 Lisias, *Contra Teomnesto* [circa 390 a. n. e.], X, 7.

La defensa del orden constitucional es una función distinta de la jurisdicción ordinaria. En este último caso se resuelve una controversia de derechos, en tanto que en la defensa de la Constitución el tribunal competente valora las decisiones del órgano legislativo del Estado y las confirma o deroga. Esto significa que un tribunal constitucional es un órgano legiferante, supraparlamentario. Por ende, la mayor parte de los sistemas constitucionales donde se ha implantado el control de constitucionalidad, han propendido asimismo a instituir órganos diferenciados: por un lado los tribunales de legalidad y por otro los de constitucionalidad. Donde no se hace esta separación la concentración de funciones genera una hipertrofia jurisdiccional que afecta el equilibrio general entre los órganos del poder y suscita tensiones y rivalidades que se acaban dirimiendo en el territorio de la política.

Ya se ha dicho más arriba que la Constitución es un complejo normativo. La idea de Constitución ha corrido de manera paralela a la construcción del Estado moderno y contemporáneo. En especial, la utilización de la voz se fue haciendo frecuente a partir del impulso revolucionario inglés del siglo XVII y de las constituciones de las colonias estadounidenses; luego prosperó con la Revolución Francesa y la aparición del concepto de monarquía constitucional. La independencia americana, que recorrió desde el norte hasta el sur del continente en el curso de cuatro décadas, supuso uno de los más dinámicos procesos dentro del constitucionalismo moderno. En menos de un siglo, a partir de la Constitución de 1787, el constitucionalismo adquirió forma y contenido en América y Europa, y se convirtió en el motor del anticolonialismo en África y en Asia a lo largo del siglo XX. Más tarde fue también el instrumento para transitar de la dictadura a la democracia, con el mínimo de violencia política posible.

Ahora bien, si en su sentido formal el constitucionalismo es un hecho cultural más o menos reciente en la historia de las organizaciones políticas, en la vida del Estado siempre ha habido una constante en cuanto a disponer de un conjunto de normas rectoras con

precedencia jerárquica. En la Inglaterra medieval fueron muchos los documentos conocidos como *constitución*, como lo fueron en la antigüedad romana. No hay una coincidencia con los textos a los que hoy aplicamos esa denominación, pero sí la hay en cuanto a que se trataba de normas a las que se confería preeminencia respecto de las demás. En la *polis* existía un instrumento axial, escrito o consuetudinario, conocido como *politeia*, traducido por lo general como *constitución*. Aun cuando la tradición hizo creer que sólo se había producido un número muy limitado de este tipo de textos, sobre todo a partir de Aristóteles¹⁰, investigaciones dadas a conocer en el primer lustro del siglo XXI muestran que han sido identificadas más de mil ciudades-Estado, en la mayor parte de las cuales hay pruebas arqueológicas que acreditan la existencia de constituciones.¹¹

Una de las formas más ostensibles de mostrar la naturaleza jerárquica de las normas, en la antigüedad, fue la epigrafía. La inscripción de disposiciones normativas en piedra o en metal fue practicada en China, en Egipto, en Mesopotamia y, por supuesto, en la cuenca del Mediterráneo. No todas las normas se hacían constar en soportes tan duraderos; además, las normas que así se registraban tuvieron una aplicación territorial más extendida. Por sus efectos temporal y espacial, desde la antigüedad ha habido normas destacadas del conjunto. El contenido de estas normas destacadas ha correspondido, en cada caso, a los aspectos acerca de los cuales las sociedades han tenido un mayor interés. Durante siglos, por ejemplo, fue habitual que los textos legales inscritos en piedra o en metal, fueran reproducidos en soportes portátiles (tablillas, pergamino, papiro, etc.) para facilitar su difusión a aplicación. Esas normas destacadas del conjunto primaron sobre las demás disposiciones. En Roma, por ejemplo, la Ley de las Doce Tablas (450 a. n. e), adquirió

10 En particular en *Política* y en *La Constitución de Atenas*, donde el filósofo menciona que, además de la ateniense había algunas otras constituciones en el espacio griego

11 Cfr. Hansen, Mogens Hermann, y Nielsen, Thomas Heine, *An inventory of archaic and classical poleis*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

una vigencia muy dilatada y fue invocada por siglos como base de decisiones legiferantes y jurisprudenciales. Cicerón refiere que cuatrocientos años después se conservaba la tradición de que los niños romanos memorizaran esa Ley.¹²

La primera función de la escritura fue de carácter jurídico. Los más antiguos textos sumerios conocidos son de carácter jurídico. Los albores de la organización estatal coinciden con la aparición de la escritura. El propósito de plasmar las normas en un soporte que permitiera su conocimiento, su difusión y la estandarización de las conductas, ha sido un motor de la cultura. Las primeras normas destacadas correspondieron a lo que hoy conocemos como derecho penal; las siguientes en tiempo giraron en torno al patrimonio y por tanto involucraron las relaciones civiles y mercantiles; en las fases más avanzadas de la construcción de normas destacadas aparecieron los asuntos de orden público, incluidos los religiosos.

Lo que esta tendencia traduce es la vocación de las comunidades estables a las que hoy identificamos como Estados, de construir un doble nivel de normas: las destacadas del conjunto por su trascendencia jerárquica, espacial y temporal, y las que se adaptaban a las condiciones ambientales, pero tomando como referente a las primeras. El Estado ha mantenido la constante de construir un sistema normativo donde se combinan los elementos duraderos con los transitorios; los principales con los secundarios; los estables con los flexibles.

A esa tendencia del Estado tradicional se suma una exigencia de las sociedades democráticas: conocer sus derechos y sustraerlos de la acción arbitraria del poder. En una etapa autoritaria del Estado, la permanencia de las normas destacadas correspondía al interés de los detentadores del poder, para asegurar la perpetuación dinástica de su dominio; en una etapa democrática

12 Las Leyes, II, 59.

del Estado, la permanencia de las normas destacadas corresponde al interés de los destinatarios del poder a efecto de asegurar la incolumidad de sus derechos.

Esa jerarquía de la Constitución resulta funcional para gobernados y gobernantes, porque permite disponer de un elemento de referencia que facilita la gobernabilidad. La supremacía de la Constitución se explica por ser elemento constante que vertebra el sistema normativo. De ahí la necesidad de contar con instituciones permanentes y profesionales incumbidas de velar porque todo el conjunto de normas se adecue al sistema regido por la Constitución. La supremacía de la Constitución conlleva su defensa, como requisito indispensable para mantener la coherencia y completitud del ordenamiento jurídico. Si se admitiera que alguna norma distorsionara el contenido de la Constitución, se perdería el punto de referencia que da unidad al sistema, y éste desaparecería como tal.

La importancia de la función protectora de la Constitución fue advertida desde los primeros años del constitucionalismo. El célebre caso *Marbury v. Madison* se produjo en 1803, pero desde antes se reconocía la necesidad de instituir medios de defensa de la Constitución. La Constitución de Pensilvania de 1776, por ejemplo, había previsto la integración de un Consejo de Censores cuyo objetivo sería supervisar que la Constitución no fuera violada por las ramas ejecutiva o legislativa del poder.¹³ Si nos remontamos a la antigüedad romana encontraremos que el derecho augural facultaba a quienes ejercían esas funciones para “abolir las leyes votadas ilegalmente”.¹⁴

En la actualidad, a partir de la formidable innovación institucional introducida por Hans Kelsen al crear el Tribunal Constitucional en

13 Art. 47: [the Council of Censors] *whose duty it shall be to enquire whether the constitution has been preserved inviolate in every part; and whether the legislative and executive branches of government have performed their duty as guardians of the people, or assumed to themselves, or exercised other or greater powers than they are entitled to by the constitution.*

14 Cicerón, *Las Leyes*, II, 31.

la Constitución austriaca de 1920, se ha desarrollado una nueva disciplina, el derecho procesal constitucional, y han proliferado los tribunales constitucionales. En tanto que no existen las instituciones perfectas, y que toda decisión institucional tiene ventajas y desventajas, el principal problema que resulta de la actividad de los tribunales constitucionales es su propensión a crear normas por la vía de interpretar la Constitución. Esta actividad amenaza con generar resistencia por parte de los órganos legislativos y por lo mismo los partidos tienden a *colonizar* los tribunales constitucionales, para asegurar la simpatía de los jueces por las decisiones que adopte la mayoría parlamentaria.

Los riesgos de colisión entre el sistema representativo y la magistratura constitucional aumentan en tanto que las normas programáticas de las constituciones, y las omisiones en las que incurren los congresos, al dejar sin desarrollar algunas disposiciones contenidas en las Constituciones, abren un amplio espacio para la actividad legiferante de los tribunales constitucionales.

La experiencia contemporánea del Estado constitucional ha enriquecido los medios de control de la constitucionalidad. Entre estos instrumentos sobresalen las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Las primeras ofrecen una instancia de mediación jurídica a los órganos del poder para resolver sus diferendos relacionados con la constitucionalidad de una decisión; las segundas permiten encauzar las inconformidades de la oposición ante la posible inconstitucionalidad de las decisiones legislativas adoptadas por la mayoría parlamentaria. Con estos mecanismos de carácter jurídico se ha conseguido atenuar las tensiones políticas que se producen en las sociedades complejas como consecuencia de un pluralismo muy competitivo, reduciendo los riesgos de ruptura del orden jurídico.

Hay un elemento medular que explica la necesidad de defender la vigencia del orden constitucional: la naturaleza jurídica de la Constitución. Este es el tema clave de todo el orden normativo

de un Estado. Si bien, como se dijo más arriba, hay una serie de constructos que brindan una base teórica razonable a las constituciones, lo que interesa en la operación del Estado es la fuerza vinculante de la norma y la consiguiente potestad coactiva del poder legítimo. En tanto que en un Estado constitucional una norma válida sólo puede derivar de otra también válida, y en esa escala la norma última es la Constitución, su carácter jurídico es incuestionable. Aquí se presenta un nuevo problema, porque no siempre se aplican técnicas depuradas en la elaboración o en la revisión de los textos constitucionales, por lo que se les suele incorporar elementos propios del discurso político, o expresiones explicativas, la más de las veces de índole retórica, cuyo sentido preceptivo es dudoso. A veces esos elementos son utilizados como una guía para el intérprete de la norma y para orientar la actividad legiferante de los órganos del Estado.

También existe la tendencia de que las constituciones incluyan proemios donde se perfilan sus objetivos generales, lo que resulta valioso para efectos de interpretación. Viéndolos con indulgencia, algunos párrafos descriptivos o valorativos incluidos en la parte preceptiva de las constituciones juegan un papel semejante a los proemios. Esta variante de los proemios, como explicaciones diseminadas en el interior de un texto, pueden ser considerados como apostillas constitucionales que no afectan la naturaleza normativa de la Constitución, aunque sí dificultan su aplicación. Estas interpolaciones retóricas en los textos normativos obedecen estímulos políticos circunstanciales.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad implica también algunos riesgos. Se advierte, por ejemplo, la proclividad a politizar los nombramientos de los integrantes de los tribunales constitucionales, aplicando incluso cuotas entre los partidos dominantes. El efecto negativo de esta propensión se traduciría en una merma de la independencia de esos órganos del poder. En tanto que la acción de los tribunales se advierta como una limitación para el sistema representativo, es previsible que la fuerza política

de los intereses representados en los congresos se quiera hacer sentir también en los órganos jurisdiccionales.

Otra cuestión negativa que se puede presentar y de la cual ya existen algunos ejemplos en el constitucionalismo contemporáneo es la tendencia en el sentido de hacer más *reglamentaria* la Constitución. La función hermenéutica de una norma es tanto más amplia cuanto más general es el precepto sujeto a interpretación; a la inversa, las previsiones de mayor detalle reducen las posibilidades interpretativas del juzgador. De esta manera, al pretender estrechar la acción del órgano del control, se hace que las constituciones pierdan su capacidad de adaptación por la vía interpretativa y que se alejen de una de las claves de su éxito: la generalidad.

Uno de los mejores instrumentos de que han dispuesto las normas constitucionales ha sido la generalidad de sus enunciados, porque facilita una acción legiferante más libre y por lo mismo creativa. Esta característica permite absorber las oscilaciones de la política y las variaciones en cuanto a los criterios legislativos adoptados por los gobiernos y los congresos, conforme al acomodo de las mayorías electorales. Se genera así adhesión a la Constitución y estabilidad institucional. Por el contrario, cuando las normas constitucionales son rígidas (en cuanto a su forma) o reglamentarias (en cuanto a su contenido), reducen los márgenes para ajustar las tendencias y las presiones políticas en diferentes etapas de su vigencia, y acentúan las presiones para su mutación e incluso su sustitución radical.

La tensión entre el sistema representativo y la justicia constitucional encuentra una forma más de expresión en las tendencias plebiscitarias que se van abriendo espacio. La expresión *democracia participativa* va consiguiendo adeptos entre los partidos políticos, pese a las conocidas desventajas que implica para los sistemas representativos. No obstante, la más atractiva de los mecanismos de consulta directa a la población, con efectos vinculantes en materia legislativa y constitucional, es

que el enfrentamiento entre los tribunales y los representantes se desplaza y se plantea en forma directa entre los tribunales y los representados.

De ahí que también esté siendo objeto de atención la declaración previa de constitucionalidad, que permite a los congresos, a los gobiernos y en cierta forma a los partidos mismos, conocer los criterios acerca de la constitucionalidad de una medida antes de su adopción formal. Se pueden evitar así los enfrentamientos ulteriores, y se elude la consulta plebiscitaria o al menos se evita que la mayoría ciudadana se manifiesta a favor de un texto viciado de inconstitucionalidad.

7. Reforma y mutación constitucional.

El problema de la intangibilidad constitucional es encontrar un punto de equilibrio entre la preservación de los derechos existentes y las expectativas de nuevos derechos. En otras palabras, las tensiones que resultan de la intangibilidad constitucional pueden ocultar posiciones conservadoras que limiten al máximo los cambios constitucionales. Viceversa, las presiones que acompañan las exigencias de cambios pueden corresponder a actitudes que afectan la estabilidad de la norma suprema. En ambos casos, llevados al extremo, se puede lesionar la relación entre la norma y la normalidad, en perjuicio de la adhesión espontánea al orden jurídico y de las relaciones sociales.

Todo orden jurídico se construye a través de periodos largos; por paradójico que resulte, incluso los cambios revolucionarios implican el inicio de ciclos que a su vez extienden sus efectos en el tiempo. Hablar de cambios revolucionarios es aludir a transformaciones profundas cuya duración es variable, pero no a giros mayúsculos e instantáneos. La esencia de las instituciones es su permanencia, pero no su adocenamiento. La frecuencia, la intensidad y la dirección de los cambios de las

instituciones jurídicas obedecen a decisiones políticas; pero la política no puede hacer es detener por tiempo indeterminado el comportamiento dinámico de las instituciones.

Desde esa perspectiva, la supremacía de la Constitución debe distinguirse de su intangibilidad. La supremacía corresponde al nivel jerárquico dentro del orden jurídico, y no equivale a que no se le pueda *tocar*, en el sentido de reformarla. La idea de constituciones inmutables, o con segmentos inmodificables, no ha sido validada por la experiencia. En la historia del constitucionalismo son muchas las cartas supremas que han dictado su propia permanencia por periodos fijos o indeterminados, o que han enunciado preceptos invariables por un tiempo o incluso inamovibles para siempre.

A diferencia de las leyes físicas, que explican fenómenos constantes, las leyes jurídicas regulan relaciones sociales. Las leyes de la naturaleza dicen lo que es, mientras que las leyes jurídicas sólo dicen lo que debe ser. Y resulta impensable postular que la sociedad deba ser siempre igual. Tantas veces cuantas se ha decidido detener la historia, decretando que se ha adoptado un modelo político de organización final y que por ende también ha llegado el momento último de los cambios permisibles, lo más que se ha conseguido es imponer un orden conservador precario, por lo general basado en una percepción voluntarista, que acaba por generar rupturas. Esta posición conservadora puede darse incluso con la apariencia de revolucionaria. Han existido y existen ordenamientos emanados de procesos revolucionarios que junto a los enunciados sociales de apariencia avanzada plantean una estructura invariable y por lo general autoritaria del poder. La paradoja de mezclar objetivos sociales ambiciosos con diseños políticos arcaicos, suele ser una coartada para limitar la libertad a trueque de un supuesto bienestar. El bienestar, como argumento para limitar las libertades, sólo resulta funcional durante las etapas de recuperación que siguen a periodos de iniquidad social, de extrema volatilidad política o de grave inseguridad colectiva.

La pretensión de que a partir de un momento determinado quede cancelada la posibilidad de cambiar, ha sido sostenida con motivo de proyectos políticos autoritarios o de posiciones políticas ingenuas, a la postre también autoritarias. En las diversas etapas del desarrollo institucional ha habido intentos por cristalizar las instituciones políticas y aún las sociales. Pero no hay un solo caso que corrobore que una sociedad se detuvo para siempre. Las tesis conservadoras son contradichas por la historia. En toda la experiencia institucional, ninguna institución se ha petrificado.

Para tratar de sortear ese hecho histórico se argumenta que si bien los enunciados normativos son mutables, los principios que los inspiran son perennes. Aquí se incurre en otro error, porque los principios inmutables a los que parece aludirse corresponderían a una perspectiva jusnaturalista que sustenta la existencia de cuestiones esenciales a la naturaleza humana y, por lo mismo, ajenas a la decisión libre que en cada caso se pueda tomar. La historia institucional tampoco avala ese criterio. Las razones de las sociedades cambian; hay, desde luego, constantes, porque las formas del comportamiento individual y gregario no son infinitas, pero el examen diacrónico de las instituciones refleja que los intereses, las aficiones, los criterios y las prioridades van fluctuando en el tiempo. Si se *petrificaran* las normas significaría que se *petrificó* la cultura, y que se perdió la capacidad innovadora de la sociedad.

La discusión no puede darse, por consiguiente, acerca de si las constituciones son o no modificables, ni siquiera acerca de las presuntas ataduras semánticas que sugieren que *reformar* es cambiar un poco, pero no cambiar al completo una norma fundamental. La discusión en torno a la reforma constitucional sólo es relevante con relación al procedimiento que se siga. La regla, en este caso, es que hay *reforma constitucional* cuando se sigue el procedimiento que ella establece para ese efecto, y hay *mutación constitucional* cuando el cambio no se hace conforme al procedimiento establecido. En este último caso los tribunales constitucionales están desarrollando medios correctivos. La otra discusión, en torno a qué tantos cambios

puede introducir en la Constitución un *poder constituido*, es un ejercicio útil para sistematizar los procedimientos, pero estéril si lo que se propone es negar la posibilidad de que los órganos facultados para la reforma actúen incluso en forma radical.

Los constructos de la soberanía, del contrato social y del poder constituyente han sido muy funcionales para el desarrollo del Estado constitucional y en general de los sistemas democráticos, pero en ocasiones se invoca al poder constituyente como un pretexto para ralentizar los cambios institucionales. La democracia no es una categoría encerrada en un horizonte histórico lejano, una especie de *big bang* jurídico – político en el cual, durante el fugaz momento en el que se definieron el Estado y su Constitución, la sociedad fundacional fue libre, y todas las generaciones sucesivas sólo resultan legatarias de una decisión inmutable, sin más opción que acomodarse a las decisiones originarias.

El centro del problema no está en qué tan reformables son los enunciados constitucionales, sino en saber qué es un Estado constitucional. Cuando una norma de la Constitución indica cómo se puede reformar la Constitución, no se puede considerar que esa norma no sea a su vez susceptible de reforma. Lo único que se puede aseverar es que, para cambiar la norma de reforma, a la que podemos llamar norma de adaptación, hay que seguir el procedimiento que ella misma señala. Supongamos que la norma de adaptación dice que para reformar la Constitución hay que hacerlo por decisión unánime de una asamblea. Esto implica que, por decisión unánime de la asamblea se puede determinar que la norma de adaptación cambie, y que en lo sucesivo se establezca un mecanismo más rígido, en el que se requiera la votación unánime de dos asambleas sucesivas, o más flexible, en el que se exija sólo una mayoría calificada de una asamblea. Las normas de adaptación son parte de la Constitución, de suerte que donde se prevea la reforma de la Constitución, no tiene por qué excluirse la norma de adaptación, a menos que se adopte la polémica tesis de la *superlegalidad* o *superconstitucionalidad* de la norma de adaptación.

Supongamos que la norma de adaptación se excluyera a sí misma de la posibilidad de ser reformada, y que hubiera un precepto que dijera más o menos lo siguiente: “Esta Constitución sólo puede ser reformada mediante un plebiscito unánime, pero este artículo no puede ser reformado jamás”. Este precepto estaría diciendo que el conjunto de la sociedad, sin discrepante alguno, podría cambiarlo todo, menos la norma de adecuación. ¿Habría justificación jurídica para esta decisión? En apariencia sí, porque sería una norma como cualquier otra que estaría indicando un deber ser. Sólo que habría un error: el diseño de esa norma habría sido irracional, porque si no se le deja a la sociedad la posibilidad de *cambiar una Constitución*, la sociedad podría proceder a *cambiar de Constitución*. Esta es una paradoja muy elemental, que indica que un orden constitucional no puede estar construido en términos que escapen a la racionalidad de los agentes sociales que la van a aplicar. Si la norma escatima las opciones para que la conducta individual y colectiva se oriente conforme a previsiones normativas susceptibles de ser cumplidas, y en adición cancela las posibilidades de la coacción, el problema se sitúa fuera de la racionalidad normativa. En el ejemplo extremo de la norma de adaptación que mencioné, si el plebiscito unánime es incapaz de reformar esa norma, y con ese motivo la sociedad completa la viola, ¿qué consecuencia jurídica tendría esa violación? Ninguna. Y esta no es una respuesta sensata si lo que se quiere construir es un orden de relaciones que resguarde a las sociedades de los riesgos de la arbitrariedad y de la violencia.

Si se llegara a la conclusión de que todos los artículos de una Constitución son modificables excepto la norma de adaptación, querría decir que en una Constitución habría en realidad dos constituciones, o por lo menos dos niveles distintos de normas: la de adaptación, y todas las demás. La de adaptación no estaría sujeta a ninguna otra regla, por lo que vendría a ser una suerte de norma superior dentro del ordenamiento supremo. Esto sería absurdo porque la Constitución representa el ordenamiento situado en el vértice del sistema jurídico y dentro de una Constitución no cabe una nueva pirámide jerárquica. Pero aceptando la hipótesis de que

así fuera, si hubiese una parte de la Constitución que no pudiese ser moldeada conforme a un procedimiento normativo, querría decir que esa norma estaría fuera del sistema jurídico, en cuyo caso su modificación también podría hacerse por procedimientos no jurídicos, o sea, de hecho. Esto también sería contradictorio, porque la norma no puede establecer como deber ser el no debe ser. Si una Constitución contuviera un precepto abstraído al orden jurídico, vaciaría su sentido prescriptivo. Llegados a este extremo, la Constitución y el sistema que regula perderían su sentido desde una perspectiva jurídica y por consiguiente tampoco podría insistirse en la supremacía de la Constitución. Parafraseando a Iván Karamazov, podría decirse que si la norma suprema no es norma, el soporte del deber ser se derrumbaría y a partir de eso todo estaría permitido, porque no habría una base estable para regular las relaciones sociales y construir un orden jurídico.

Una norma de adaptación irreformable equivaldría a algo así como una regla de derecho que estableciera: “Esta es la última regla de derecho”. Si la norma de adaptación constitucional fuera la única no adaptable de la Constitución, significaría que dentro de la Constitución habría reglas jurídicas y reglas no jurídicas, lo cual sería absurdo, porque la Constitución habría dejado de ser un sistema normativo y con motivo de su inmutabilidad sería sólo un hecho político. Cuando se afirma que la norma de adaptación no es adaptable, se traza una frontera donde termina el derecho y comienza la política, con lo que se rompe la fuerza normativa de la Constitución y se acepta la fuerza normativa de la política. Por esta vía se abre el camino de regreso a la arbitrariedad y a la aleatoriedad de las decisiones del poder.

Otro tema relativo a la norma de adaptación es que muy bien puede incluir la posibilidad de que todas las reformas, o un cierto tipo de reformas, sean sometidas a la aprobación referendaria. Esta modalidad tiene muchas ventajas, entre otras la de auspiciar un mejor conocimiento del texto constitucional, con lo cual se eleva la cultura jurídica de la sociedad. En contrapartida, los referendos

también dan lugar a mayores tensiones entre las fuerzas políticas y hacen prescindible la necesidad de acuerdos entre ellas. Muchos temas sensibles son soslayados cuando las reformas están sujetas a aprobación plebiscitaria, porque los dirigentes políticos eluden llevar a un debate abierto, ante los electores, cuestiones que pueden generarles costos políticos elevados. Los referendos, por otra parte, exponen a la población a los efectos de la manipulación mediática, cuya orientación es predecible en función de la estructura de la propiedad y de los anunciantes mayoritarios de los medios de comunicación electrónica.

Las consultas abiertas a la población tienen muchas ventajas pero no pueden ser consideradas como un medio que asegure la asepsia ideológica, y quizá tampoco la ética, de los agentes que intervienen. Además, substraen a los órganos legiferantes y jurisdiccionales una parte de sus decisiones normativas, y las trasladan a los propietarios y a los patrocinadores de los medios de comunicación.

El límite de la reforma constitucional, por consiguiente, no está en la preceptiva constitucional sino el concepto mismo de Estado constitucional. Si por éste se entiende que el ejercicio del poder político debe ser legítimo, legal, razonable, eficaz, controlado y responsable, todo cambio en un sentido adverso a la organización y al funcionamiento conforme con esas características, será posible en lo formal, pero privará al Estado de su característica constitucional. Seguirá habiendo un Estado y un orden coactivo, pero no será el orden constitucional que, de manera convencional, reputamos como aceptable según el criterio dominante. Esto no quiere decir que ese criterio sea a su vez inmutable; quiere decir que en un momento y en un lugar determinados esa es la orientación adoptada como válida. El estándar constitucional puede variar, como en efecto ha variado, porque la esencia de las instituciones es su relatividad, a menos que para valorarlas apliquemos un patrón de rigidez derivado de los dogmatismos absolutos, de matriz religiosa.

LAS SOMBRAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los tribunales constitucionales*. III. *La lentitud de la justicia constitucional*. IV. *La exclusión de la jurisdicción de los tribunales constitucionales de los recursos de amparo*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Jurisdicción constitucional supone la atribución del enjuiciamiento de unas determinadas pretensiones —delimitadas por estar fundadas en derecho constitucional— a unos órganos que están fuera del Poder Judicial.² En los ordenamientos jurídicos en que el enjuiciamiento de estas cuestiones se atribuye a tribunales, éstos ejercerán jurisdicción para su conocimiento y decisión; pero no será una jurisdicción independiente. Como tales tribunales, formarán parte del Poder Judicial. Podrá hablarse, en cuanto se articulen unos procesos cuyo conocimiento se atribuya a la competencia de ciertos órganos jurisdiccionales, de un orden jurisdiccional constitucional, como se habla de un orden jurisdiccional penal, civil, laboral o contencioso-administrativo.³

1 Catedrático de Derecho procesal, España.

2 Por mi parte, intenté delimitar los conceptos, tal y como yo los entiendo, en la *Encuesta sobre notas de derecho procesal constitucional*, García Belaunde y Espinosa Soloaga (coords.), México, 2006, pp. 64 y ss. La precisión es necesaria por la diversa utilización del término “jurisdicción” al referirse a la “constitucional”. *Cfr.*, por ejemplo, García Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, pp. 13 y ss., y 129 y ss.

3 Así, entre los autores de lengua española, Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, y, por mí, en *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Cívitas, 1980, pp. 75 y ss.

2. Desde que se instauró una jurisdicción constitucional, no faltaron voces que pusieron en tela de juicio su eficacia. No puede ser más significativa la polémica sostenida por Carl Schmitt y Kelsen a finales de la década de los veinte del pasado siglo. Pues, como decía Schmitt, “una expansión sin inhibiciones de la justicia, no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional en una contradicción en los términos”.⁴ Si la afirmación podría ser válida si los tribunales estuvieran integrados en el Poder Judicial, adquiere especial valor cuando los tribunales están fuera del Poder judicial, y sus componentes, aunque se llamen magistrados, no son jueces, aunque algunos procedan de la carrera judicial.

3. Dada la confianza que, por lo general, se depositó en el sistema concebido por Kelsen, parecían exageradas las afirmaciones de Schmitt. Pero la evolución posterior ha puesto de manifiesto que la desconfianza no estaba muy lejos de la situación a que se ha llegado. Es cierto que, por malo que sea el sistema, siempre será preferible a confiar el enjuiciamiento de los conflictos motivados por las infracciones a la norma constitucional al Poder Legislativo —sobre todo cuando es su actividad la infractora—, y, por supuesto, a un órgano del gobierno. Pero un Tribunal Constitucional en modo alguno gozará de la imparcialidad de un verdadero Tribunal encuadrado en el Poder Judicial, por el matiz político que siempre tienen las cuestiones de constitucionalidad. Salvo que sean los tribunales que integran el Poder Judicial los que ya no ofrecen garantías de independencia e imparcialidad inherentes a un órgano que ejerce la función de juzgar. Situación de desconfianza hacia los jueces que integran el cuerpo de estos funcionarios, que ha llevado a algunos países a atribuir la solución de los conflictos de otros órdenes jurídicos —como el contencioso— a “jurisdicciones” (?) especiales.

4 *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

Quizás mi pesimismo se debe a que tengo presente la experiencia de mi propio país, en el que siempre los jueces y magistrados han constituido un ejemplo de independencia. Aunque, he de reconocerlo, nuestro sistema judicial, al menos en las instancias superiores, ha perdido mucho de su prestigio.

Es que la politización de la justicia es un hecho evidente, cuando en los juzgadores las ideas políticas llegan a prevalecer, aunque solo sea en momentos determinados, sobre lo que debe ser una interpretación de la norma aplicable de conformidad a los principios generales que informan el ordenamiento. Y, obviamente, esto se da en su grado máximo cuando la cuestión sometida a enjuiciamiento en sí misma tiene un acusado matiz político, como ocurre cuando lo que exige la interpretación de la norma constitucional versa sobre la concreta actuación del gobierno o la administración, o de decidir si un político ha incurrido o no en la comisión de una infracción penal.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. Con la atribución de la jurisdicción para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes a un “Tribunal” constitucional, se trataba de “despolitizar” lo que era una cuestión jurídica, lo que encajaba muy bien con la concepción kelseniana del derecho. Cuando la realidad es que, como ya he destacado, al decidir si una ley es o no constitucional, se está decidiendo una cuestión política. No se trata, como ha dicho entre nosotros Fernández Segado, de que haya que decidir por motivos de oportunidad o conveniencia;⁵ sino de reconocer que no estamos ante un control puramente jurídico, sino también político. Lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de seleccionar a los magistrados que integren el “Tribunal”.

2. Creo que, pese a este indudable matiz político que tienen las cuestiones de inconstitucionalidad, un juez, un verdadero juez,

5 *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, p. 1053.

con la formación adecuada, puede tener la sensibilidad para, al dictar sentencia —y *sentencia* es una resolución judicial, no una decisión política—, en aplicación de los principios informantes del ordenamiento jurídico —entre los que están los políticos o constitucionales—, ponderar los matices políticos. Éstos que no son los partidistas de cada momento, los que defienden los políticos de turno.

De aquí que sea esencial que los magistrados de los tribunales constitucionales estén rodeados de todas las garantías de independencia e imparcialidad de que gozan todos los jueces. Es evidente que éstos, como todo hombre, tendrán sus creencias y opiniones políticas, aunque no sean hombres de partido, y que siempre les será difícil abstraerse de ellas al dictar sentencia; pero ha de procurarse que el sistema de selección permita que los que van a acceder al Tribunal se acerquen lo más posible a la imagen idónea del juez.⁶ En este sentido, no pueden ser más expresivas las palabras de un profesor universitario al empezar sus funciones en el Tribunal Constitucional de Bolivia. Pablo Dermizaky Peredo se expresaba así:

Los magistrados del Tribunal Constitucional somos profesionales del derecho y, como tales, nuestro razonamiento es básicamente jurídico, sin ignorar las circunstancias políticas y sociales circundantes. Siempre que haya un conflicto inevitable entre lo jurídico y lo político, nuestro deber nos colocará del lado del derecho.

6 Quizás nadie lo haya descrito con mayor rigor que el que ha sido, hasta su jubilación, uno de nuestros mejores jueces, quien durante sus últimos años sirvió al Tribunal Constitucional, no dejando de formular votos particulares sumamente elocuentes ante la parcialidad que observaba entre sus colegas. Así, cuando se discutía una Ley sobre la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que, en definitiva, la confiaba al legislativo, en el voto particular formulado a la STC 105/2000. Antes de aprobarse la Ley, otro gran constitucionalista —que llegó a ser presidente del Tribunal Constitucional— dijo que a partir de la Ley, “hablar del Poder judicial en España como poder autónomo es una entelequia y sería negar una realidad que vemos todos los días” (Jiménez de Parga, *El sistema judicial. La ilusión política, ¿hay que reinventar la democracia en España?*, Madrid, 1983, pp. 140 y ss. Cfr. Mendizábal, “El sistema judicial en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 30, pp. 363 y ss).

Y a quienes les cuesta aceptar la idea de que el Tribunal Constitucional puede invalidar acto del Legislativo, les recordamos las palabras escritas por Alexander Hamilton hace más de dos siglos: “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última, de preferencia a las primeras...⁷”

3. El sistema de selección es fundamental y, sobre todo, el sentido ético de aquéllos sobre los que recae la responsabilidad de la elección, tanto sea el presidente de la República en un régimen presidencialista, en Parlamento en un régimen parlamentario, o el órgano al que estuviera confiado el gobierno del Poder Judicial.

El ejemplo español no puede ser más significativo. Los doce miembros que componen el Tribunal Constitucional son nombrados: cuatro, a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 159.1 de la Constitución). En su mayor parte son nombrados por el Legislativo (8 de 12), exigiéndose un *quorum* tan cualificado que, aunque un partido político lograra la mayoría absoluta, no es concebible que llegue a los tres quintos, lo que obligará a llegar a un acuerdo entre los distintos partidos para alcanzar tal mayoría. Es probable que los redactores de la Constitución pensaran que, con tal procedimiento, coincidieran en elegir a aquellos que, aparte de su ideología, estuvieran rodeados de una aureola de independencia y objetividad, que permitiera confiar en que, al adoptar decisiones, iban a tener en cuenta lo que consideraban una interpretación correcta de la Constitución, fieles a su misión de defensa de los principios informantes de ésta.

7 En *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 2a. ed., Cochabamba, 2005, pp. 32 y ss.

Sin embargo, ya en la elección de los miembros del que sería primer Tribunal Constitucional se vio que no era la búsqueda de la imparcialidad e independencia la que iba a ser el criterio que presidiría el chalaneo de las sesiones para hacer las correspondientes propuestas. Se intentó, sin duda alguna, en aquella primera selección y se logró al llegar a un acuerdo para configurar el cuadro de los miembros del Tribunal, sobre todo cuando no había otro remedio.

Recuerdo que en aquel primer momento, los parlamentarios del partido de centro derecha, que tenía una mayoría mínima en las Cámaras, propusieron a la oposición de izquierda un prestigioso profesor, que siempre se había significado por sus ideas y vinculaciones a la extrema izquierda, pero famoso por su más absoluta independencia, en la confianza de que se llegaría a un pacto o un acuerdo. No fue así. No se quería gente tan independiente. Y se acordó un sistema de cuotas, repartiéndose los puestos entre los distintos partidos o grupos, sin duda pensando que la mayoría podría cambiar en la ulterior legislatura, lo que permitiría alterar la composición del Tribunal al procederse a la primera renovación de sus miembros. Evidentemente, por lo general, siempre se procura proponer por cada grupo aquellos miembros que no aparezcan comprometidos o demasiado comprometidos y hasta como independientes. Pero siempre teniendo en cuenta las afinidades.

Es evidente que con este chalaneo siempre saldrá ganando el más vivo o con menos escrúpulos sobre el más ingenuo. Pues lo cierto es que el sistema ha conducido a que, cuando el Tribunal se enfrenta con algunas de las grandes cuestiones políticas, el ciudadano medio sepa de antemano —salvo las sorpresas que a veces se producen— cuál va a ser el sentido de la sentencia.

No puede negarse que existen sistemas peores; pero la realidad no está muy lejos de la que pronosticaba Carl Schmitt en su célebre polémica con Kelsen.

4. Pero el tema de la politización —inevitable siempre— no es el único problema de la jurisdicción constitucional. Al haberse extendido el ámbito de esta jurisdicción más allá de cómo fue concebido por Kelsen y plasmó en el Tribunal Constitucional, el cúmulo de asuntos ha hecho muy difícil que puedan decidirse los procesos en plazos razonables. Del tema, referido al ordenamiento español, me he ocupado últimamente en algunos trabajos.⁸ Pero creo que la situación española no ofrece panorama muy distinto al que ofrecen otros ordenamientos en que confían la protección de los derechos fundamentales a los tribunales constitucionales.

III. LA LENTITUD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. La lentitud de la justicia es un mal endémico de la administración de justicia.⁹ Como ha dicho el Tribunal Constitucional español en STC 26/1983, del 13 de abril, “una justicia tardíamente concedida equivale a un fallo de la tutela judicial efectiva”. Y es que una justicia que tarda en administrarse varios años no es justicia. De aquí que, entre los derechos que figuran en todas las declaraciones de derechos humanos esté el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable, en términos del artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, que reitera el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada por acuerdo del 7 de diciembre de 2000. En la Constitución, utilizando la misma expresión que el artículo 14.3.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

8 Así, en “La reforma del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 83 (Curso académico 2005-2006), pp. 335 y ss.; y en *Encuesta: Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, “Teoría y Realidad Constitucional”, Universidad Nacional de Educación a Distancia y Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 18, 2o. semestre de 2006, pp. 11 y ss.

9 Así la calificaba Sentis Melendo en “La celeridad de los juicios”, *Revista de Derecho procesal*, Argentina, 2a. parte, 1952, p. 91, y lo ha reiterado la doctrina, que se ha preocupado especialmente sobre el tema, al que me refiero en mi trabajo *La tutela judicial*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 315 y ss.

Proscribir las dilaciones indebidas no supone tan solo —y esto también lo ha dicho el Tribunal Constitucional— garantía frente a las demoras producidas por una falta de esfuerzo de los jueces, sino frente a la penuria de los medios, pues —dice el Tribunal Constitucional— excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho (STC 223/1988, del 24 de noviembre).

Pues bien, el Tribunal que debe velar para que no se lesione tal derecho fundamental es su primer transgresor. Si comparamos las cifras de duración media de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional con las estadísticas que al empezar cada año judicial presenta el Consejo General del Poder Judicial en el acto solemne de apertura de tribunales podremos comprobar que en muy pocos tribunales de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales se superan las “dilaciones indebidas” que se producen en el Tribunal Constitucional.

Esto es inadmisibles en cualquiera de los procesos de que conoce el Tribunal. Porque siempre la lentitud es un atentado al valor justicia, y muy especialmente cuando la lentitud —y lentitud exorbitante— es la que se padece en los procedimientos a través de los cuales realiza el Tribunal Constitucional las funciones principales que le asigna el artículo 161 de la Constitución Española: constitucionalidad de las leyes, amparo de los derechos fundamentales y conflictos de competencia.

a) La demora en la decisión de si una norma con rango de ley es o no constitucional supone mantener durante los años en que se concreta la incertidumbre de multitud de situaciones jurídicas derivadas de la ley cuestionada, hasta que una vez pronunciada sentencia con valor de cosa juzgada y publicada en el *BOE* produzca efectos generales.

b) La segunda categoría de procesos ante el Tribunal Constitucional es la de los amparos por violación de los derechos y libertades

fundamentales. Basta recordar cuáles son los derechos y libertades que este recurso está llamado a proteger, para comprender la inutilidad de que el reconocimiento del derecho o libertad y la adopción de las medidas apropiadas para el restablecimiento del recurrente en su integridad tenga lugar muchos años después de que la lesión se produjo. ¿Es que tiene sentido reconocer que se están sufriendo torturas o tratos humanos degradantes años después de demandar la protección?, o que se está sufriendo un atentado a la libertad ideológica, religiosa y de culto, o que se sufre un atentado al derecho a la libertad, o a la intimidad, o a elegir residencia, o a circular por el territorio nacional, o a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica... derechos que se reconocen en los artículos 15 y siguientes de la Constitución.

Esto no se remediaría porque los procedimientos ante el Tribunal se tramitaran y decidieran en un plazo razonable, según la naturaleza del derecho o libertad lesionados, pues el problema radica en que el amparo tal y como está concebido, como una instancia última después de agotar todos los recursos ante los tribunales ordinarios, no puede constituir nunca la tutela eficaz de los derechos fundamentales.

c) Por último, tampoco es necesario hacer esfuerzos dialécticos para poner de manifiesto las graves consecuencias que ocasiona en el funcionamiento del Estado y Autonomías y de los órganos constitucionales la demora en la decisión de los conflictos entre ellos, que es otra de las funciones que tiene atribuidas el Tribunal Constitucional.

2. Se han propuesto diversas reformas para superar la situación; todas coinciden en lo mismo: aligerarse al Tribunal Constitucional de los asuntos que ante él se tramitan.

Podría cuestionarse el mismo sistema y defender el de jurisdicción constitucional difusa, atribuyéndose a los tribunales

y jueces de cualquier otro orden jurisdiccional verificar la constitucionalidad de las normas con rango de ley que sirvan de fundamento a las pretensiones de las partes, como ocurre respecto de la legalidad de las disposiciones de inferior rango. El Tribunal Constitucional quedaría como una última instancia extraordinaria para verificar lo correcto de las decisiones que hubieran podido adoptar los otros tribunales. No obstante, quizás, para seguir lo que es tradicional entre nosotros, parece que tiene sentido mantener lo que se ha llamado sistema europeo.

Respecto de los amparos, las propuestas de reducción han seguido vías distintas. Unas de ellas, que es la adoptada por la reforma en trámite del Tribunal Constitucional español, es excluir aquellos asuntos en que no se justifique su trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En realidad, queda al criterio de la mayoría de los magistrados de la Sección —y, quizás, en la práctica, en muchos casos al del Letrado del Tribunal correspondiente— decidir sobre la inadmisión. Si tenemos en cuenta que hasta la fecha no ha sido muy respetuoso el Tribunal con el principio de igualdad y ha jugado un papel importante la personalidad del demandante a la hora de decidir los amparos, podemos imaginarnos cómo va a apreciarse la “trascendencia constitucional” para pronunciarse sobre su admisibilidad.

Así lo manifesté al contestar a la encuesta a que antes me referí.¹⁰ Creo, sin embargo, que la única solución es reducir la jurisdicción del Tribunal al ámbito que originariamente tuvo, confiando la protección de los derechos fundamentales a los jueces y tribunales ordinarios.

10 *Encuesta sobre la reforma, cit.*, nota 1, p. 25.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS RECURSOS DE AMPARO

1. La atribución al Tribunal Constitucional de jurisdicción para conocer de las violaciones de los derechos fundamentales no estuvo exenta de oposiciones, en cuanto no respondía al esquema de control de la constitucionalidad concentrado en un Tribunal de superior rango, tal y como fue diseñado por Kelsen.¹¹ Pero más que por lo que podría suponer apartamiento de un esquema de jurisdicción constitucional, la oposición se fundaba en razones eminentemente prácticas: el ulterior desarrollo de la institución ha puesto de manifiesto el cumplimiento de los temores a que respondían.

Sin duda, fue una enmienda de Lorenzo Martín-Retortillo la que con mayor precisión formuló los graves inconvenientes que supondría esta atribución al Tribunal Constitucional de los recursos de amparo. Pueden resumirse así:

- La extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin restricciones, cubriría con creces la necesidad de un control de la actuación de los poderes públicos, como sucede en otros países.
- Tal atribución supondría una carga tal para el Tribunal Constitucional, que le dificultaría ejercer su jurisdicción en aquellas materias que le son propias.
- En consecuencia, es preferible potenciar la jurisdicción ordinaria, superar la inseguridad, la duración, incluso la carestía de los pleitos y buscar fórmulas enérgicas de protección jurisdiccional.¹²

11 Rubio LLorente decía que esta extensión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional no era consustancial ni encajaba fácilmente en el esquema kelseniano al que responde en sus líneas maestras la jurisdicción constitucional en Europa. En “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, incluido después en su libro *La forma del poder (estudio sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, p. 591.

12 Del texto de la enmienda —asi como su intervención en la Comisión— (que figuran íntegras en su libro *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal Editor, 1984, pp.

Pero no fue el único constituyente que manifestó sus dudas. El también senador Angulo Montes formuló, asimismo, una enmienda *in voce* ante la comisión aduciendo otra razón: “la conflictividad presumiblemente derivable de la concurrencia en identidad de materia de dos jurisdicciones que deben mantenerse como corresponde a su distinta naturaleza: judicial y ordinaria la una, constitucional y política la otra”. Además insistía en la necesidad de “evitar que se desnaturalice —el Tribunal Constitucional— por exceso de competencias”.¹³

Aunque la doctrina acogió favorablemente esta posibilidad de amparo, no faltaron quienes consideraron prudentes y acertadas

195 y ss.), transcribo la parte siguiente, que contiene la argumentación básica:

“Se ha ampliado mucho el margen de conocimiento de lo que pueden abarcar estos tribunales y, desde luego, cuando quede aprobada la Constitución, si se consagra como esperamos y es previsible, el sistema de cláusula general, las posibilidades de indefensión se habrán erradicado de una manera drástica y rigurosa. Pueden, por tanto, los tribunales ordinarios cubrir con creces este tipo de necesidades, este tipo de exigencias, como sucede en otros países, como sucede, por ejemplo, con el que en México se llama recurso de amparo, y en otros ordenamientos jurídicos.

Pero, junto a éstas, hay un segundo orden de consideraciones que muy brevemente y para terminar quiero someter a la consideración de los señores Senadores, y es el de que hay que ponderar también cuál va a ser la carga y el cometido de las actuaciones del Tribunal constitucional porque muy frecuentemente se organizan los Tribunales y el legislador no ha parado mientes en cuál va a ser la ocupación ordinaria y habitual de los Tribunales que se regulan.

Por imperativo constitucional, si el texto se aprueba tal y como se prevé, serán sólo doce los Jueces que hayan de cubrir las misiones que al Tribunal constitucional se atribuyen y hasta ahora resulta que este Tribunal habrá de conocer de todo el tema de la inconstitucionalidad de las leyes, tanto leyes del Estado como leyes de las regiones; habrán de conocer del control de los Reglamentos y actos administrativos de las regiones en sus posibles suspensiones por el poder central; habrá de conocer de otras competencias que se prevén y, además, habrá de conocer de los recursos de amparo por violaciones de derechos individuales.

Pienso que se puede obtener con facilidad el funcionamiento de un Tribunal recargándolo, haciendo que se acumule el papel, y haciendo, en definitiva, que sea ineficaz. Este es un riesgo sobre el que quiero llamar la atención, con la particularidad de que en la experiencia de los Tribunales constitucionales, tal y como vienen existiendo en los Últimos años, hay un dato evidente y un aspecto que se destaca: el cómo perturba, en la práctica de los Tribunales constitucionales, el conocimiento de los juicios penales o el conocimiento de lo que serían juicios contencioso-administrativos. Recordaré, por ejemplo, cómo en el sistema italiano, en el que el enjuiciamiento de los altos Magistrados del Estado se difiere al Tribunal constitucional, ha bastado con que dos Ministros quedaran implicados en el «affaire» Lockhedd para que el Tribunal constitucional quedara paralizado casi un año.

¿Qué será este recurso de amparo ante el Tribunal constitucional? ¿Será un recurso de lo civil? ¿Será un recurso de lo penal? Entiendo que todo esto perturba considerablemente la situación. Por ello, se postula y se defiende esta enmienda, manteniendo que desaparezca el amparo ante el Tribunal constitucional”.

- 13 El texto de la enmienda, en el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, del 29 de septiembre de 1978.

las enmiendas formuladas en contra. Como Fernando Garrido Falla, que, al comentar el artículo 53, decía:

Con su característico buen sentido jurídico, demostrado en sus frecuentes intervenciones, el profesor I. Martín-Retortillo defendió ante la Comisión de Constitución del Senado la pura y simple supresión del recurso de amparo. Sus argumentos, desde el punto de vista jurídico, eran irrefutables: si actualmente se establece una jurisdicción contencioso-administrativa sin restricciones, basada en la cláusula general ¿qué queda para un recurso de amparo que ha de ser tramitado y resuelto nada menos que por el Tribunal Constitucional?

Su enmienda no prosperó y aquí comienzan los problemas para el intérprete; porque ¿tendrán la suficiente imaginación los redactores de la futura ley para conseguir instrumentar una vía jurídica que no se solape con las ya existentes y que permita al Tribunal Constitucional dedicarse al resto de sus cometidos?

Hay que reconocer que en éste, como en otros casos, ha sido la “magia” del nombre la que ha llevado a esta solución constitucional, así como dos precedentes (uno histórico, y otro de derecho comparado) cuyo análisis detenido por supuesto no se hizo en las Cortes.¹⁴

Las enmiendas, sin embargo, produjeron un efecto: dieron lugar a que se introdujera en la redacción primitiva la expresión “en su caso”. Según la redacción primitiva, los ciudadanos podrían “recabar la tutela... ante los tribunales ordinarios en un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Con arreglo a la enmienda solo podrían acudir al Tribunal Constitucional “en su caso”. Y, congruentemente, el artículo 161.1.b de la LOTC, atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer “de los recursos de amparo... en los casos y forma que la ley establezca”.

14 Cfr. *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 983.

La expresión introducida en el artículo 53 de la Constitución ha dado lugar a posiciones contradictorias. Y en alguna de ellas se pretende amparar la reforma del Tribunal Constitucional sin necesidad de reformar la Constitución.

Como garantía última de los derechos fundamentales, la Constitución instauró el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero para llegar a él, hacía falta: si la violación era originada “por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho” de órganos políticos o administrativos, haber agotado la vía jurisdiccional procedente (artículo 43.1, LOTC); si la violación tenía su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, agotar todos los recursos utilizables en la vía respectiva (artículo 44.1. a), LOTC).

Bastaría tener en cuenta el tiempo que requiere agotar la vía judicial y los recursos utilizables ante el orden jurisdiccional correspondiente para demostrar la ineficacia de lo que pretende ser una protección de los derechos más fundamentales de la persona.

No obstante, ante lo atrayente de la novedad de la institución, fueron muchos los que acudieron al Tribunal recién creado con la esperanza de que se les hiciera justicia cuando ésta no la habían obtenido ante los jueces ordinarios, o cuando eran éstos los que la habían conculcado en los procesos para los que tenían jurisdicción. Y más cuando se comprobó que, al empezar de nuevo y no tener el atasco de recursos pendientes, se lograba sentencia en plazos bastante razonables, y hasta que fuera frecuentemente favorable, sobre todo cuando el supuesto violador de los derechos había sido un juez o tribunal, ya que aquel tribunal constitucional quería dar lección de administrar justicia a una judicatura heredada del antiguo régimen, para demostrar cómo se hacía justicia en el Estado social y democrático de derecho. Frente a la rigidez y formalismo que imperaba en los recursos judiciales se hacía gala de flexibilidad en el acceso al amparo.

Naturalmente, ocurrió lo que tenía que ocurrir. Y llegó un momento en que no había forma de convencer a un cliente que había agotado todos los recursos ante los tribunales en su demanda de justicia, de que no podía ser más descabellado acudir al amparo previsto para supuestos muy concretos, que no se daban en su caso. Siempre conocían algún amigo que había logrado ganar un amparo ante el tribunal constitucional.

Éste se vio desbordado con amparos que no tenían razón de ser. Pero también con algunos muy fundamentados. El resultado está a la vista en las estadísticas: el tan vilipendiado formalismo de los jueces fue ampliamente rebasado por el tribunal constitucional. Las cifras de inadmisibilidades son espeluznantes. No puede ser más aleccionador el examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional desde aquellas primeras sentencias hasta las de hoy. Yo lo he hecho. Y no puede ser más llamativa la contradicción.

Lo que para aquellas primeras sentencias constituían flagrantes atentados al derecho a la tutela judicial en que habrían incurrido los órganos del Poder Judicial, ahora han pasado a ser leves defectos que, si han ocasionado indefensión al justiciable, ha sido debido a la falta de diligencia de los justiciables o de sus abogados, por lo que en modo alguno pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones que solo conducirían a repetir procesos inútiles por prejuzgados. Muchos son los ejemplos sangrantes que podrían citarse. En la línea del formalismo se ha llegado a tales niveles que hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a su prudencia, ha llegado en más de una ocasión a condenar al Estado español por estimar que sus tribunales habían lesionado el derecho a la tutela reconocido en el Convenio de Roma, y al Tribunal Constitucional por haber confirmado las sentencias y no haber concedido el amparo.

Lo más grave es la arbitrariedad con que se aplican los criterios sobre inadmisibilidades.

2. La improcedencia de mantener el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se pone de manifiesto por las siguientes razones:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales debe confiarse a los jueces y tribunales, a esos jueces y tribunales que, según el artículo 117, CE, integran el Poder Judicial y se confía la función de administrar justicia. Será necesario arbitrar un proceso sumario idóneo, tal y como impone el artículo 53.2 CE; pero ante los tribunales ordinarios. Y no hay razón para que cuando sean jueces o tribunales los que lesionen un derecho fundamental no sean jueces y tribunales los que velen por su protección a través de los recursos que, en su caso, se establezcan. No hay razón alguna para que, por encima del Tribunal Supremo, que es el superior en todos los órdenes, según el artículo 123.1 CE, exista un órgano que controle y revise su actuación y la de los otros de inferior jerarquía. No tiene sentido la desconfianza hacia los jueces y magistrados que ha estado latente, al menos en un principio, en la actuación del Tribunal Constitucional.

Fue esta desconfianza la razón decisiva de la atribución de esta jurisdicción al Tribunal Constitucional, como reconoció uno de sus primeros presidentes, Tomás y Valiente: “hubiera sido un grave error confiar en 1978 —dice—, con la composición personal que entonces tenía el Poder Judicial y más en particular el Tribunal Supremo, la protección *última* (la cursiva es del autor) de los derechos fundamentales a los tribunales ordinarios”.¹⁵ No tenía sentido entonces esta desconfianza. Y menos tiene sentido ahora.

b) Por exquisito que sea el cuidado con que el Tribunal Constitucional ejerza las funciones que actualmente tiene atribuidas en orden a la protección de los derechos fundamentales frente a las violaciones que tuvieran su origen en acto u omisión de

15 En el prólogo al libro de Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, p. 6.

un órgano judicial, por grande que sea el celo a la hora de limitar la jurisdicción del Tribunal Constitucional a sus justos límites, los conflictos son inevitables. Como así ha saltado frecuentemente a los medios de comunicación, habiendo dado lugar a reuniones de los presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y hasta que se haya llegado a pedir que se apelara al jefe del Estado como árbitro y moderador del regular funcionamiento de las instituciones, como establece el artículo 56.1, CE.

Y esos conflictos, ¿por qué? ¿Por qué tan solo un ínfimo número de amparos llegan a buen fin y logran reparar, aunque muy tardíamente, alguna injusticia? Mientras, tantos y tantos quedan sin reparar.

c) Si se estima que cuando se vulnera un derecho fundamental como el derecho a la tutela judicial, requiere una protección especial, que se arbitren, dentro de los procesos ordinarios ante cada orden jurisdiccional, recursos también especiales y sumarios, pero dentro del Poder Judicial.

d) Existe otra razón evidente que no justifica el mantenimiento del amparo ante el Tribunal Constitucional. Como he señalado anteriormente, la práctica ha puesto de manifiesto la escasa o nula objetividad con que se enjuicia la admisión de los recursos. Y precisamente ha sido con motivo de estos amparos que lograron, no solo superar la barrera de las inadmisibilidades, sino que llegaron a ser estimados en plazos inusitados, anteponiéndose a otros muchos en que la decisión se requería con mayor urgencia, cuando con más frecuencia han surgido los conflictos. Y, por lo general, el Tribunal Supremo tenía razón al denunciar una invasión de su competencia.

Todo esto, sin tener en cuenta, por otro lado, los criterios no menos discriminatorios con que se decide, además de la admisión de los amparos, la suspensión de la ejecución de sentencias penales a las que nada se puede reprochar.

e) En realidad, con una buena regulación de las vías procesales para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios resultaría innecesario el amparo ante el Tribunal Constitucional. Como dice Javier Delgado-Barrio en el discurso de apertura de Tribunales del año 2000, “una normativa que cubriese todos los supuestos de violación de aquellos derechos atribuible al juez, podría implicar para ellos la innecesariedad del amparo”.¹⁶ Ciertamente falta esa normativa, y la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios ofrece notables deficiencias. Pero estas deficiencias se superan reformando el sistema, no con un amparo ante el Tribunal Constitucional, después de agotar las vías judiciales, con las mismas o peores deficiencias. Porque, a la duración excesiva de los procedimientos para resolverlos, se une la práctica viciosa de acudir al remedio de las inadmisibilidades. Es cierto que la mayor parte de éstas están más que justificadas; pero existen otras —y en número considerable como he indicado— que no obedecen a otra razón que a defenderse de lo que un magistrado del propio Tribunal ha calificado como “inundación de recursos de amparo”. Y *los trámites de admisión*, según confesión del mismo magistrado —y esto es importante destacarlo—, *agotan más de la mitad de su tiempo*, que, dedicado a la decisión de las cuestiones propias de un Tribunal Constitucional, permitirían que éstas se resolvieran en plazos prudenciales, o, al menos, más razonables.

En definitiva, como antes señalé, se han cumplido con exceso las previsiones que se reflejaron en las enmiendas que se formularon en el procedimiento constituyente y en las que, tan acertadamente, insistió Fernando Garrido.

16 El discurso lleva el título de *Del modo de arreglar la Justicia*, Tribunal Supremo, 2000, p. XLI.

OMISIÓN LEGISLATIVA NOMINATIVA DEL DECISIONISMO POLÍTICO AL CONTROL CONSTITUCIONAL

JORGE VICENTE PALADINES¹

Sumario: I. Introducción II. La culpa es del presidencialismo III. El sacrificio de los derechos sociales IV. Control constitucional de las omisiones en el Ecuador V. Conclusión: ¿invasión de poderes? VI. Bibliografía

En el parlamento, la nación elevaba su voluntad general a la ley...

Ante el poder ejecutivo, abdica de toda voluntad propia y se somete a los dictados de un poder extraño, de la autoridad...sólo parece escapar al despotismo de un individuo, y concretamente bajo un individuo sin autoridad
Karl Marx

Pero entonces la institución de la justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes, sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo
Hans Kelsen

1 Profesor de la Universidad Andina "Simón Bolívar" sede Ecuador.

I. Introducción

La inconstitucionalidad por omisión de norma no sólo es un problema jurídico. Entenderlo así podría engeguerecer el problema óntico-político (*Realpolitik*) que se desarrolla en su seno, generado incluso mucho antes de la misma omisión o quiescencia normativa. De ahí que las posiciones respecto del control constitucional pueden ser variadas: unas apostarán por no regular jurídicamente este problema; otras por activar el control pero con mecanismos que no se lean en enclave de invasión de competencias; y, finalmente, otras que pongan en cuestión el actuar constitucional de los órganos encargados de operativizar –mediante su capacidad normativa– las leyes.

La ausencia de norma, pese a la exigencia de un imperativo constitucional, debilita el complejo entramado de la democracia constitucional, cuyo resultado hoy en día se mide por su capacidad para el cumplimiento de los derechos por parte del Estado, claro está, bajo un sistema de pesos y contrapesos guiado por un reverente respeto a la separación e independencia de poderes. El respeto a las instituciones del Estado, y a su vez el respeto a las instituciones de garantías, hacen que la democracia y constitución no sean sólo conceptos encerrados en el sufragio universal, sino también en un régimen que posibilite la realización material de los derechos, evitando que éstos sean solo meras declaraciones, promesas o demagogias normativas.

A través del presente artículo trataré de entrever la necesidad de la urgente adopción del control constitucional a las omisiones legislativas, como un mecanismo básicamente de subordinación de la política al derecho, aclarando que este tipo de “correcciones” del sistema no pueden negar tampoco la naturaleza política de una omisión normativa. Se trata replantear el proceder jurídico del sistema político, colocando entre paréntesis la posible invasión de poderes que se infiere de su solución.

II. La culpa es del presidencialismo

La clásica estructura de separación de poderes de Montesquieu depositó en el poder legislativo su exclusividad para la elaboración de las normas². El paradigma con el que nace el Estado de Derecho gira entonces alrededor del parlamento, como un ente privilegiado para el funcionamiento del *imperio de la ley*. La voluntad general opera desde la representación política parlamentaria³, mediante mandatarios que a nombre de los ciudadanos hacen posible la canalización de sus demandas e intereses⁴. El liberalismo jurídico partió entonces de la idea que la producción –interpretación– de la ley depende exclusivamente del legislador, como ente monopolizador de la conducción normativa en la democracia.

No obstante, en América el parlamento no es un ente monopolizador de las normas. De hecho, las leyes no pueden aprobarse sin que exista la sanción o promulgación por parte del poder ejecutivo. El imperio de la ley se bifurca en una lucha entre el legislativo y ejecutivo, entre el decisionismo político del parlamento y el decisionismo político del ejecutivo⁵; éste último con un poder mucho más fuerte, el del veto (*veto players*), entendido como

2 La denomino como “clásica” puesto que en el Ecuador a la tripartita división del poder se le suma la “Función de Transparencia y Control Social”.

3 Rousseau (1792) sostuvo que: “*La volonté générale puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común...*” Asimismo: “... que el ejercicio de la voluntad general jamás deberá enajenarse, el poder ser trasmite pero no la voluntad”, Juan Jacobo Rousseau. *El Contrato Social*, Porrúa, México, 1992, p. 14.

4 Incluso, la ortodoxia en la enseñanza del Derecho se ha restringido, mediante en derecho civil, a mostrar que la producción de la norma deviene exclusivamente del legislador. Se hace ver al legislador como un ser de otras galaxias, como un filósofo que discute en el Partenón griego junto a Platón y Aristóteles, como una entidad sólo comparable con la divinidad.

5 Si pudiéramos definir al *decisionismo político* lo expresaríamos sencillamente en la idea de usar el poder a discreción de la autoridad. No podemos negar el papel influyente de Carl Schmitt en su definición, véase su obra *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009. El decisionismo político no tiene explicación alguna en la racionalidad del derecho, parte –como diría Nietzsche– de la *voluntad de poder* de la autoridad, de la naturaleza del hombre para ejercer su dominio, véase Friedrich Nietzsche, *La Voluntad de Poder*, Edaf, España, 1981. Heidegger también hizo un aporte interesante en la discusión sobre la voluntad de poder; sin embargo, el mejor antecedente del decisionismo político o voluntad de poder expresado en la Francia post-revolucionaria data del periodo de Napoleón II, de cuya crítica Marx escribió el *Dieciocho Brumario* y Gramsci lo retomara a través de la categoría *cesarismo* o *bonapartismo*.

el “derecho” presidencial que niega cualquier posibilidad de racionalizar la confección de la ley a través de la política.

Las relaciones entre el parlamento y el ejecutivo no son naturalmente armónicas. Aunque ambos provienen de una legitimidad dual⁶, la toma de decisiones en nombre de la ciudadanía para ganar clientela termina por confrontarlos, emergiendo así un “gobierno dividido” sobre su discordia y falta de avenimiento. El régimen presidencialista convierte al ejecutivo en el conductor de la política nacional⁷, pues su liderazgo actúa como una variable independiente⁸. Aquello no es sólo producto del diseño institucional, sino también del conjunto de valores que se comparten socialmente⁹, pues en esta forma de gobierno existe la “predisposición social” de ver al ejecutivo como el principal hacedor de las políticas públicas, por ende de la garantía y efectividad de nuestros derechos.

Las posiciones en el parlamento no siempre van a comulgar alrededor de lo que piensa el ejecutivo; de ahí que la falta de confianza –como consecuencia de la pérdida de la mayoría parlamentaria– produce generalmente el bloqueo del gobierno y el nacimiento de una inminente *crisis política*¹⁰. Por ello, el ejecutivo tendrá que buscar posibles alianzas o coyunturas para poder implementar sus políticas, las que principalmente se empantanarán en temas de derechos sociales. La constante en el presidencialismo

6 Juan J. Linz, *La crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas*, Alianza, Madrid, 1997, p. 33.

7 Quizá en América Latina el causante de construir presidencialismos fuertes fue el mismo Simón Bolívar. Recuérdese que El Libertador reclamó para sí la presidencia vitalicia de la Gran Colombia.

8 Jorge Lanzaro, “Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina”, en Jorge Lanzaro (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO y Agencia Sueca de Desarrollo Internacional ASDI, Buenos Aires, 2007, p. 27.

9 Dieter Nohlen, “Presidencialismo Vs. Parlamentarismo en América Latina. Notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 74 (Octubre-Diciembre), 1991, p. 47.

10 La *crisis política* es un significante vacío, carece de definición teórica; no obstante, su “definición óptica” depende del decisionismo político, pues cualquier circunstancia puede ser leída como crisis política tanto por parte del parlamento como por parte del presidente. En el Ecuador las crisis políticas se “solucionan” institucionalmente a través de la denominada *Muerte Cruzada*, potestad que tiene en este caso el presidente de la República para disolver la Asamblea Nacional, poniendo también su cargo a disposición electoral. Véase el artículo 148 de la Constitución de la República del Ecuador.

es la ausencia de mayorías¹¹; por ello, el panorama alude a una compleja composición de los parlamentos, no como entes pasivos, sino como organizaciones reactivas al ejecutivo. La lucha por la competencia electoral hace que se desarrolle una natural confrontación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.

La producción jurídica de las normas dependerá de esta tensión democrática, es decir, del nivel de relaciones de cohesión/separación entre estos poderes. La competencia legisferante asume mayor actividad, pues el legislador es compelido e invitado a la realización de mandatos constitucionales, generándose una relación más directa pero además más dependiente, muchas veces producto de la inflación de promesas en las normas constitucionales. Se desborda el poder del legislativo por obra y gracia de la misma constitución. Así, las constituciones se llenan de normas programáticas que, para su efectividad, requieren del concurso del legislador para la elaboración de leyes.

Esta aparente relación disciplinada y armónica entre la constitución y el legislador, sin embargo, se desvanece cuando éste último la desobedece, ya sea por acción o por omisión u inacción en su cumplimiento. La actitud del legislador de no acatar una orden constitucional no solo irrumpe en la conducta de no hacer una ley *–non facere quod debetur–* o hacerla incompletamente; se da asimismo cuando no sanciona en el tiempo prefijado una norma, o cuando no convoca, designa, nombra o posesiona a funcionarios públicos, irrumpiendo en la mecánica eficiente del Estado.

La omisión en la producción de las normas mandadas desde la constitución al legislador constituye un accionar político. La competencia entre el legislativo y el ejecutivo se traduce en la desobediencia normativa para inoperancia del ordenamiento jurídico, promoviendo un visible fracaso de las políticas públicas y de las reglas de derecho. Siendo así, la omisión de operativizar normas constitucionales responde al decisionismo político del

11 José Antonio Cheibub, "Minority Governments, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies". *Comparative Political Studies*, Vol. 35 (3) (April), 2002, p. 287.

parlamento, como una facultad de oposición –mucho más reactiva– dentro el presidencialismo.

III. El sacrificio de los derechos sociales

El liberalismo jurídico consagró fundacionalmente a los derechos civiles y políticos como los derechos más importantes, lo cual influyó en su alianza con el positivismo jurídico para el desarrollo del derecho constitucional. En este contexto, lo esencial era el individuo, por ello, las primeras garantías constitucionales se refirieron exclusivamente a la protección de derechos como la vida, la libertad y el patrimonio. Se concretizan, formalmente, las libertades negativas o de abstención desde el Estado hacia la ciudadanía¹².

Esta primera “generación” de derechos busca la abstención –libertad negativa– del Estado frente a los ciudadanos, a lo que Marshall lo encerraría dentro del concepto de ciudadanía civil¹³. Los derechos civiles se consolidan políticamente; sin embargo, a partir de la Revolución Mexicana y Rusa el Estado de Derecho es alcanzado por el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que también sirvió en Alemania para definirse como Estado Social de Derecho. Desde el Estado se comienza a vislumbrar una frontera con la sociedad, pero también, el vehículo que evita desbordar su propio poder¹⁴. La construcción de ciudadanía resulta de los acontecimientos que el liberalismo engendró para distinguir una comunidad política basada ahora en términos de derechos sociales. Los ciudadanos son visibles por medio de las instituciones del Estado, las que deberán generar resultados para proteger, no sólo sus libertades, sino también su bienestar material a través de libertades positivas o de prestación.

12 Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza editorial, Madrid, 2002.

13 Thomas Marshall, “Ciudadanía y clase social”, en T. H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p 22.

14 Según Constant, estos son los beneficios de la *libertad de los modernos*. Ver Benjamin Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos” en Fernando Vallespín y Rafael del Águila (comps.), *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

La constitución se llena de una estructura metodológica de normas que hace que unos derechos sean exigibles a corto, mediano y largo plazo. No existe inmediatez ni igualdad entre ellos, pues en la realidad unos son más efectivos que otros. Incluso, el mismo sistema interamericano de Derechos Humanos “traduce” los derechos sociales a partir de los derechos civiles. En todo caso, la estructura de la constitución categoriza a los derechos a través de

la siguiente clasificación:

- a) Normas Declarativas: Que proclaman las directrices y afirmación de los principios.
- b) Normas Organizativas: Que delimitan la estructura, competencia y procedimiento por donde se desarrolla el Estado.
- c) Normas Programáticas: Que son reglas no autoaplicativas y que requieren ser reglamentadas para entrar en funcionamiento. Éstas a su vez pueden subdividirse por su imperatividad, por sus destinatarios y por su discrecionalidad.
- d) Normas Operativas: Que se aplican por sí mismas, o sea son autoaplicativas y en ella se reputan las prohibitivas, imperativas y facultativas¹⁵.

En esta estructura los derechos sociales son los que requieren de un mayor auxilio reglamentario. No se puede acceder a la salud o a la educación si no se regula su legislación infraconstitucional. La constitución se vuelve en un catálogo programático de derechos, pero donde el auxilio legislativo los relega a la lista de derechos a largo plazo. El constitucionalismo social plantea la visibilización normativa de las grandes y pequeñas reivindicaciones sociales como el derecho a la salud, la educación o el trabajo. No obstante, casi todos estos derechos inyectados en las cartas fundamentales se convierten en promesas, pues se confió en el rol subordinado del parlamento para su concreción y efectividad.

15 Iván Castro Patiño, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría general, derecho comparado, reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana*. Editorial Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil. 2006, p. 36.

Esta diferenciación de las normas constitucionales hace que se priorice la exigibilidad de unos derechos en detrimento de otros. Se explica entonces la discrecionalidad del poder legislativo para atender los requerimientos constitucionales, sobre todo en materia de derechos sociales, en donde siempre se encontrará la excusa del presupuesto para su aplicación, a pesar que si sumamos el presupuesto destinado a la función judicial, mantenimiento de cárceles y los costos de los procesos electorales, podríamos sorprendernos al saber que los derechos civiles y políticos son más costosos que los derechos sociales. Se proyecta la idea que atender los derechos sociales es más costoso que atender los derechos civiles o políticos. No es políticamente rentable para un parlamento de oposición reglamentar derechos sociales para aumentar la popularidad del ejecutivo.

En el Ecuador, después de los últimos regímenes de facto, la oposición de los partidos hacia el ejecutivo —determinada en gran medida por su composición mayoritaria en el congreso o asamblea— llevó a algunos gobiernos divididos y al inminente bloqueo de sus agendas o planes de gobierno, así como al retroceso o estancamiento para el desarrollo de los derechos sociales veamos:

1. León Febrescordero (1984-1988), quien asume el poder con alianza entre su partido PSC, el Partido Conservador, el Partido Liberal e independientes. A pesar de esta coalición para las elecciones su gobierno no tuvo mayoría en el congreso, encontrando una fuerte oposición política por parte de los partidos de centro izquierda como la ID y DP, oposición que se radicalizó cuando su gobierno fue acusado de violaciones a los Derechos Humanos, asumiendo éstos la denominación de “Bloque Progresista”. Esta pugna entre el legislativo y ejecutivo llevó a Febrescordero a desconocer algunas resoluciones del congreso y a legislar a través de decretos-leyes.
2. Rodrigo Borja (1988-1992), quien gobernó sus primeros dos años con mayoría de su partido ID en coalición con partidos como el MPD, FADI, DP, entre otros. Esto le permitió un relativo oxígeno a su gestión, lo cual le costó la concesión de algunos de sus ministerios. En sus dos últimos años de gobierno perdió la mayoría en el congreso, teniendo a cambio

una fuerte oposición parlamentaria encabezada por el PSC y PRE, quienes con la suma de otros partidos –como la de su ex aliada DP–, enjuiciaron y destituyeron a algunos de sus ministros de Estado. Este gobierno tuvo que sacrificar su entrega a los trabajadores cuando estableció más obstáculos para la conformación de sindicatos.

3. Abdalá Bucaram (1996-1997), destituido por una amplia coalición de partidos de oposición como PSC, ID, DP, MDP, PACHAKUTIK, entre otros.
4. Jamil Mahuad (1998-1999), destituido por una amplia coalición de partidos como PSC, ID, MDP, PACHAKUTIK, entre otros.
5. Lucio Gutiérrez (2004-2005), destituido por una amplia coalición de partidos como PSC, ID, MDP, PACHAKUTIK, entre otros.

En todas estas crisis políticas la sociedad civil calificó a los presidentes de “hambreadores”. Si bien es cierto que el poder ejecutivo contribuyó en gran medida al retroceso o desconocimiento de los derechos sociales a través de sus *planes de estabilización económica*; tampoco es menos cierto que los parlamentos poco hicieron para evitar su parsimonia en el desarrollo normativo de este tipo de derechos.

IV. Control constitucional de las omisiones normativas en el Ecuador

El control constitucional de las omisiones legislativas procura organizar, bajo límites y presupuestos, la acción legislativa en cuanto al viaje de efectividad de las normas constitucionales. De hecho, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC), vigente desde el 2009, recoge este desfase del sistema político. Se trata de una corrección jurídica del sistema político a través de la Corte Constitucional, cuya función en este caso es impedir la ineffectividad de la constitución. De esta forma, a la Corte Constitucional no sólo le compete expulsar ciertas normas del ordenamiento jurídico, sino también impulsarlas, es decir generarlas. Esto puede leerse, sin

embargo, en clave de invasión de poderes, pues en resumidas cuentas la Corte Constitucional legisla, emergiendo nuevamente la discusión sobre el derecho y la política.

Hasta tanto, la LOGJCC incorporó las dos grandes divisiones de la omisión constitucional, desarrolladas por el Tribunal Constitucional alemán y planteada por su magistrado W. Wessel¹⁶:

- a) Omisiones constitucionales absolutas (Art. 129.1 LOGJCC), que son los silencios producto de la ausencia total del desarrollo del precepto constitucional. Sin embargo, son pocas las posiciones que están a favor de positivar esta conducta producto de la inacción del legislador. La dificultad se enmarca en la falta “material” del texto, lo cual exime de responsabilidad en la conducta inactiva del legislador y el activismo judicial de raigambre invasiva¹⁷.
- b) Omisiones constitucionales relativas (129.2 LOGJCC), como los silencios parciales del legislador en el texto de la norma, que violan sobre todo en principio de igualdad a través de una *exclusión arbitraria de beneficios*, como por ejemplo: si se promulga una ley para garantizar la seguridad social en donde sólo se benefician los trabajadores de sexo masculino y no las mujeres.

El Art. 128 (LOGJCC) extiende la omisión normativa a cualquier órgano con capacidad legisferante, quedando claro que no sólo se alude a la Asamblea Nacional, sino también a cualquier otro que tenga la obligación de vehiculizar un mandato constitucional, como los gobiernos autónomos descentralizados como consejos

16 Jesús María Casal, *La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas*, en “*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*”, Konrad -Adenauer- Stiftung. Montevideo, 2003, p. 56. Al respecto, es preciso añadir que ha sido el Derecho penal el que ha desarrollado la teoría de la omisión.

17 Aquí cabría hacerse la pregunta de si: ¿se puede aplicar el instituto de la inconstitucionalidad por omisión para exigir derechos humanos no contemplados en la constitución?

regionales, departamentales, provinciales, cantonales o parroquiales.

Sin duda, la ley ecuatoriana adopta la *noción amplia* de la inconstitucionalidad por omisión, la misma que considera que las omisiones constitucionales no sólo son silencios imputables a la conducta del legislador, sino también conductas atribuibles a todos los servidores públicos de las funciones ejecutiva y judicial. En esta línea se suma Néstor Pedro Sagüés, quien plantea la tesis expansiva de la *inconstitucionalidad por mora*¹⁸. Es un gran avance frente a la *noción restringida* que considera que las omisiones inconstitucionales sólo son producto de la inactividad del legislador y nadie más.

Sin embargo, no toda mora legislativa es inconstitucional. La omisión en la conducta del funcionario con capacidad legisferante, para estar incurso dentro de una violación a la constitución, debe ser ilegítima; ello significa que la inacción sea la consecuencia de la no aplicación de una norma programática e imperativa, esto es, que dependa del él para su existencia y, consecuentemente, que aunque dependa de él para existir lo obligue -con o sin su anuencia- a crearla. Por ello, para establecer la inconstitucionalidad por omisión nominativa es necesario:

- a) Que se identifique que el mandato constitucional sea programático e imperativo;
- b) Que la conducta del legislador -omisión- sea ilegítima;
- c) Que la desobediencia del legislador afecte los derechos y garantías promulgados en la constitución;
- d) Que esa conducta ilegítima se encuentre en mora; y,

18 Néstor Pedro Sagüés, “La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por Omisión*, Temis, Bogotá D.C. 1997, p. 111.

- e) Que se descarte la omisión de consensos, es decir observar la omisión de nombramientos públicos en el contexto de las discusiones políticas del parlamento, entendiendo que no afecten a la institucionalidad del país.

Llama la atención que en América Latina las sentencias en casos de omisiones inconstitucionales absolutas son exhortativas¹⁹, mientras que en las omisiones inconstitucionales relativas son aditivas o interpretativas²⁰. El control constitucional es aún timorato; los jueces se niegan a corregir las omisiones bajo la creación normas temporales, pues se respeta en resumidas cuentas el decisionismo político del legislativo o ejecutivo.

V. Conclusión: ¿invasión de poderes?

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión ha desatado polémica en cuanto a la estructura misma de la separación de poderes. Se ha dicho que es una invasión por parte de la Corte Constitucional a la Asamblea Nacional. Lo cierto es que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador), la omisión legislativa encerraría un vil decisionismo político parlamentario e incluso ejecutivo.

El decisionismo político del poder legislativo y ejecutivo puede conllevar a una abstención en la efectividad de las normas constitucionales, pues precisamente ésta ha sido la constante en América Latina. La necesidad de un “tercer sector” que controle estos desbordes coadyuva a la protección de los más débiles, pues la

19 Existe resistencia en aceptar la intervención de la Corte Constitucional en cuanto a los casos de omisión absoluta, pues como sostiene Bazán: “¿Qué sucede cuando ni siquiera existe el conductor competente para vehicular los derechos fundamentales? La omisión inconstitucional se convierte en una teoría de relevante importancia que empuja a una encrucijada mayor: la impotencia de la constitución e inoperancia del Estado”. Ver Víctor Bazán, *Un sendero que merece ser transitado: El control de la inconstitucionalidad omisiva*, en Víctor Bazán (coord.), “Desafíos del control de constitucionalidad”. Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171-269.

20 Ver Fallo No- 2073 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela; y, Sentencia C-543/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

falta de atención de derechos como la salud, educación y el trabajo hace que las constituciones se conviertan en meras promesas, cayendo nada menos que en un normativismo constitucional.

Sin embargo, el control de las omisiones normativas no puede alejarse de la naturaleza institucional de los parlamentos y poderes ejecutivos dentro de regímenes presidencialistas. La Corte Constitucional tampoco debe tomar el papel del parlamento, hacerlo sí sería intrusivo a la representación política. De ahí que la regulación de este instituto no es más que una válvula de escape a la parsimonia legislativa, con lo cual no se hace más que fortalecer el presidencialismo aceptando la corrección de sus vicios, es decir, limitar el decisionismo político de unos para legitimar el de otros.

VI. Bibliografía

- Bazán Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: El control de la inconstitucionalidad omisiva”, en *Víctor Bazán* (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*. Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza editorial, Madrid, 2002.
- Casal, Jesús María, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas”, en “*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*”, Konrad -Adenauer-Stiftung. Montevideo, 2003.
- Castro Patiño, Iván, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría general, derecho comparado, reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana*. Editorial Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil. 2006.
- Constant, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos” en Fernando Vallespín y Rafael del Águila (comps.), *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Cheibub, José Antonio, “Minority Governments, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies”. *Comparative Political Studies*, Vol. 35 (3) (April), 2002.

- Fallo No. 2073 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.
- Lanzaro, Jorge, “Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina”, en Jorge Lanzaro (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO y Agencia Sueca de Desarrollo Internacional ASDI, Buenos Aires, 2007.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Linz, Juan J., *La crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas*, Alianza, Madrid, 1997.
- Marshall, Thomas, “Ciudadanía y clase social”, en T. H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.
- Nietzsche, Friedrich, *La Voluntad de Poder*, Edaf, España, 1981
- Nohlen, Dieter, “Presidencialismo Vs. Parlamentarismo en América Latina. Notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 74 (Octubre-Diciembre), 1991.
- Rousseau Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Porrúa, México, 1992.
- Sagüés, Néstor Pedro, “La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por Omisión*, Temis, Bogotá D.C., 1997.
- Schmitt, Carl, *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009
- Sentencia C-543/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

LAS EXPERIENCIAS DE CENTROAMÉRICA, PANAMÁ, BELICE Y REPÚBLICA DOMINICANA SOBRE PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

RAFAEL LUCIANO PICHARDO¹

La Experiencia Dominicana.

Desde que en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, se proclamara que “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”, las sociedades europeas iniciaron, con Francia a la cabeza, un movimiento de carácter constitucionalista que fue precedido, sin duda, por ciertos importantísimos documentos medievales como la Carta Magna (1628), el Habeas Corpus (1679), y el Bill of Right (1689), con los cuales se buscaba motorizar el proceso de positivación de los

1 Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Caribe, Santo Domingo, República Dominicana. Graduado en la Universidad de Santo Domingo con el título de Doctor en Derecho, en el año 1961, fecha desde la cual hasta agosto de 1997 ejerció de manera exitosa la profesión de abogado, particularmente en el área civil. Seleccionado el 3 de agosto de 1997 por el Consejo Nacional de la Magistratura inicia la carrera judicial como Juez Primer Sustituto de Presidente y Presidente de la Primera Cámara de la Suprema Corte de Justicia, funciones que actualmente ocupa. Ha sido árbitro del Consejo de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción del Distrito Nacional; Consultor Jurídico de los Bancos Central y de Reservas de la República Dominicana; y Coordinador de la Comisión de Reforma al Código Civil.

derechos naturales a través de una ley suprema consagratoria de las prerrogativas y libertades de los ciudadanos frente al Estado y que a la vez proveyera la organización política de éste.

En estos momentos en mi país se desarrolla la fase final de un proceso de reforma constitucional que se concentra en el debate ante la Asamblea Nacional Revisora del proyecto presentado por el Presidente de la República, después de agotar dos años de consulta popular llevada a efecto con el objeto de recoger las propuestas e inquietudes de los ciudadanos y ciudadanas, de grupos e instituciones, con la pretensión, según el proponente de “que se establezca en un preámbulo cuáles son los valores supremos que distinguen la nación dominicana; que indique con precisión quiénes son dominicanos; que consigne los símbolos patrios al principio del texto y no al final; que incorpore garantías al ejercicio pleno de los derechos fundamentales; que consagre el derecho de tutela o derecho de amparo, el defensor del pueblo, el *referendum* y la iniciativa popular en la presentación de proyectos de ley; que garantice la equidad de género y proteja los derechos del niño, niña y adolescente; que establezca si el derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte aun frente al aborto terapéutico; si el control de constitucionalidad debe quedar bajo la responsabilidad de la justicia ordinaria o de tribunales especializados, y en fin, que la Constitución transfiera poder a los ciudadanos; que los proteja de la soberbia, de la arrogancia y de los abusos del poder.

La consulta incluyó el procedimiento que debía seguirse en la reforma a la Constitución, obteniendo un amplio respaldo el de la Asamblea Constituyente, por parte, fundamentalmente, de los partidos políticos de oposición, aunque predominó finalmente la vía de la Asamblea Revisora como mecanismo para concretar la reforma.

¿Por qué se impuso la fórmula de la Asamblea Revisora y no el de una Constituyente para producir los cambios que se requieren?

Una muy breve relación histórica sobre tan importante tópico me ayudará a explicarlo. La primera Constitución dominicana proclamada el 6 de noviembre de 1844, fue un producto obligado del Poder Constituyente. La Nación recién había alcanzado su independencia y carecía obviamente de las instituciones propias que hacen posible una sociedad democráticamente organizada. Fue necesario por esa ausencia, como ocurre en todas partes en situaciones tales, recurrir a la elección de representantes a una Asamblea Constituyente que elaboró y sancionó en aquella fecha la que desde entonces ha pasado a la posteridad con el nombre de Constitución de San Cristóbal.

No obstante haber surgido esa Constitución por vía del Poder Constituyente, hubo de consagrar, sin embargo, como fórmula para su reforma lo siguiente: “El Congreso puede en virtud de la proposición hecha por el Tribunado y admitida por los dos tercios de aquél, decretar la revisión de la Constitución, designando y publicando los artículos y disposiciones que deban revisarse”.

Después de aquel hecho histórico que marcó el nacimiento de la vida institucional de la Nación dominicana, nuestro Pacto Fundamental ha sido objeto de 37 modificaciones, la mayoría de las cuales, justo es decirlo, han tenido por objeto la solución de crisis políticas coyunturales. Como ejemplo puedo afirmar que la última enmienda se produjo en el 2002 y tuvo como único propósito facilitar la reelección del Presidente de turno. Las que han sobrevenido a través de Asambleas Constituyentes, que son las menos, han estado precedidas de hechos que dieron al traste, en cada ocasión, con el Gobierno en ejercicio, y debo señalar para una mejor edificación, que durante el largo período comprendido entre la primera Constitución de 1844 y el advenimiento del régimen dictatorial de Rafael Trujillo, en 1930, la institucionalidad del país tuvo un escaso desarrollo en el orden de los derechos humanos, sobre todo. Las asonadas, levantamientos y golpes de estado estuvieron a la orden del día a tal punto que durante el lapso señalado hubo gobiernos y reformas constitucionales que apenas

permanecieron en el poder meses, semanas y, días en algunos casos. Fue una extendida etapa de luchas montoneras en que la Constitución fue considerada por algunos caudillos como “un pedazo de papel”.

En 1858, resultado de la llamada Revolución de Santiago del 7 de julio de 1857, que depuso el gobierno del general Buenaventura Báez, se convocó a elecciones para la formación de una Asamblea Constituyente que redactara una nueva Constitución. Esa asamblea logró su objetivo permitiendo que fuera proclamada y publicada en aquella hidalga ciudad el día 21 de febrero de ese año, y se le conociera como la Constitución de Moca, la más avanzada y democrática de los inicios de la República y celebrada particularmente por haber eliminado el artículo 210 de la de 1844 y el inciso 22 del artículo 35 de la de 1854, considerados por el pueblo como fuente de despotismo y corrupción. La contrarrevolución del general Pedro Santana, quien ostentaba ya el privilegio de ser el primer Presidente de la República, dirigió y capitaneó el movimiento que desconoció las legítimas autoridades que se habían instalado bajo la égida de la Constitución de Moca de 1858. Ese movimiento subversivo apoyó también el restablecimiento de la de diciembre de 1854, que, como dejó dicho, fue abatida por despótica y no representar los mejores intereses de la Patria.

La anexión a España en 1861 produjo el primer eclipse de la soberanía y del orden constitucional e institucional de la República Dominicana, situación que se extendió hasta el 11 de julio de 1865 pero, como la Constitución de Moca de 1858, que fue puesta en vigor nuevamente al concluir la anexión, aunque por poco tiempo, consignaba en sus artículos 156 y siguientes, la facultad del Congreso de proceder a su revisión en la forma y bajo las condiciones en ellos expresadas, no fue necesario recurrir a una Constituyente para la reforma que se introdujo al Texto Sustantivo en 1865. Así, restaurada la soberanía nacional, las reformas subsiguientes utilizaron la vía del Poder Constituido para realizarlas, y es sólo en la revisión de 1907 que se consagra la “Asamblea Constituyente”,

elegida al efecto, como fórmula por cuya vía podrá acordarse la reforma. Para sustentar este sistema el proponente Ramón Cáceres, a la sazón Presidente de la República, en su mensaje de orden al Congreso expresó: *“La reforma de la Constitución vigente es la primera piedra de la gran obra a realizar; pero la Ley Sustantiva no debe nacer de teorías de los intelectuales... sino de las entrañas del pueblo; debe contener el espíritu de la nacionalidad...”*

Sin embargo, parecería que como para no olvidar la costumbre de lo pasado, en febrero de 1908, apenas 5 meses después, se aprobó una nueva Constitución que vino a suplantar la de septiembre de 1907, que mantuvo la fórmula de la Constituyente para hacer la reforma. En esa enmienda de 1908, una de las más importantes, se incorporó en el orden judicial el recurso de casación, inexistente hasta esa fecha.

La próxima enmienda que tuvo lugar en 1924, retomó el sistema de la reunión de las Cámaras Legislativas, pero en funciones de Asamblea Constituyente, y es de notar que esto acontece al término del segundo eclipse de nuestra soberanía: La ocupación norteamericana del territorio dominicano que se había iniciado en 1916. Sin embargo, las reformas de los años 1934, 1943 y 1947 restablecieron la Asamblea Revisora como el procedimiento a seguir para la modificación de la Constitución.

Debo recordar aquí que estos últimos virajes, hasta el año 1960, del mecanismo de reforma de la Carta Sustantiva, operaron durante la llamada Era de Trujillo en que sólo prevalecía la voluntad omnímoda de quien encarnaba el poder absoluto en aquel fatídico trecho de la vida institucional dominicana. Por eso, daba igual, en aquel oscuro episodio, en términos de resultados, que la modificación de la Constitución se llevara a efecto por una Asamblea Revisora (Asamblea Nacional) o por una Asamblea Constituyente.

Superada la dictadura en 1961 asumió el poder político un gobierno provisional que bajo la denominación de Consejo de Estado ejerció

los Poderes Legislativo y Ejecutivo el cual votó, en funciones de Asamblea Nacional, la reforma de 1962. Bajo esta nueva versión de la Carta Magna no sólo tuvo lugar las primeras elecciones libres en más de treinta años, sino que permitió al partido triunfador de las mismas someter a la Asamblea Constituyente, una vez elegidos sus miembros, un proyecto de reforma que una vez sancionado se convirtió en la Constitución de 1963, la más avanzada y democrática de cuantas habían organizado el Estado desde su fundación. El golpe de estado militar del 25 de septiembre del mismo año que derrocó al Presidente de la República, Profesor Juan Bosch, declaró inexistente esta última, dando paso a la instalación de un gobierno de facto bajo la denominación de Triunvirato el que, por su naturaleza espuria y antidemocrática, incubó un movimiento armado integrado por civiles y militares, que dio origen a la llamada Revolución de Abril de 1965 o Revolución Constitucionalista cuyo lema y propósito era la vuelta a la Constitución de 1963.

El desembarco de un contingente de marines norteamericanos el 28 de abril de 1965 se constituyó en factor preponderante para que las fuerzas nacionales beligerantes después de enconados enfrentamientos que produjeron bajas considerables, lograra, tras arduas negociaciones, instalar un Gobierno Provisional que se regiría por lo que las partes llamaron *Acto Institucional*, firmado el 3 de septiembre de 1965. Las elecciones generales organizadas por ese gobierno provisional, ganadas por el Dr. Joaquín Balaguer, dio a éste, como Presidente de la República, la oportunidad de solicitar al Congreso Nacional reunirse en Asamblea Constituyente con el fin de que tomara decisión sobre la cuestión constitucional. Una Ley del 13 de septiembre de 1966 así lo dispuso. La reforma fue proclamada el 28 de noviembre de ese mismo año y en ella se estableció como vía para la reforma constitucional la reunión de la Asamblea Nacional, la que será declarada por una ley, con la única limitación de que las enmiendas no podrán versar sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo, norma pétrea que ha sido respetada hasta el día de hoy. La actual constitución, no es otra que aquella de 1966,

cuyas dos últimas modificaciones se hicieron en 1994 y 2002, manteniendo la fórmula de la Revisión y no la de la Constituyente para su reforma.

La Constitución actualmente vigente en la República Dominicana corresponde a la que fue revisada y proclamada el 25 de julio de 2002. Sus artículos del 116 al 120 integran el Título XIII que trata “De las Reformas Constitucionales”, y establecen el procedimiento que debe observarse para las mismas. Se expresa en el primero de esos textos que: “Esta Constitución podrá ser reformada si la proposición de reforma se presenta en el Congreso Nacional con el apoyo de la tercera parte de los miembros de una y otra Cámara, o si es sometida por el Poder Ejecutivo”; y el segundo pone a cargo de la Asamblea Nacional (reunión conjunta de Diputados y Senadores) llevar a cabo la reforma.

Se pone de manifiesto así que si bien nuestra primera Carta Magna fue el resultado de una Constituyente, el mecanismo que dejó instituido para las futuras modificaciones no fue otro que el de la Asamblea Revisora, sistema que en ese aspecto ha dominado nuestra ley de leyes. Uno y otro tienen origen en los debates sobre la Revolución de 1789 en que la Asamblea Nacional Francesa, convertida en Asamblea Constituyente votaba la Declaración de los derechos del hombre y se aprestaba a redactar la Constitución de 1791. Y es mirando a estos acontecimientos que produjeron la más completa transformación de la sociedad de finales del siglo XVIII, que R. Bonnard, doctrinario francés, populariza las expresiones *Poder Constituyente Originario* que designa la autoridad que tiene el poder de dictar una primera Constitución; y *Poder Constituyente Derivado* que designa la autoridad encargada por la Constitución en vigor para proceder a una revisión (parcial o total) de esta Constitución. Siéys había establecido antes la distinción entre poder constituyente y poder constituido que corresponden a los conceptos modernos de la distinción que hace Bonnard, quien explica:

“El poder constituyente originario es incondicionado puesto que él instaura una Constitución nueva, un orden jurídico nuevo, absoluto e ilimitado, mientras que el poder constituyente derivado es condicionado por el poder constituyente originario, por lo que es limitado; o aún, que el poder constituyente originario surge de la política y no del derecho: no hay ninguna norma jurídica a respetar puesto que ha sido hecha tabla rasa y se entiende colocar en su lugar un orden jurídico nuevo; mientras que el poder constituyente derivado proviene del derecho y hay entonces reglas jurídicas que respetar. Sin embargo, en los dos eventos se está en presencia de un mismo poder que es bien constituyente, salvo que él debe obedecer a ciertas reglas en el segundo caso, y no en el primero”.

Sobre este particular es oportuno airear aquí el autorizado criterio que sobre la cuestión ha exteriorizado el destacado constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, en su trabajo: “Las Reformas Constitucionales en Bolivia y Perú. El Poder Constituyente, orígenes, desarrollo y modalidades”, publicado en Santo Domingo el año pasado, en el cual dijo, entre otras tantas cosas interesantes sobre el tema, lo siguiente:

“Afinando nuestro enfoque, podríamos decir que el poder constituyente originario puede darse bajo dos modalidades:

a) Fundacional, que hemos visto y con el cual nace un nuevo país o unidad territorial, generalmente como resultado de un proceso político, y

b) Revolucionario, cuando se logran tales objetivos a raíz de un motín, alzadas revolucionarias, movimientos de fuerza, golpes de Estado, etc. Sin embargo, hay procesos constituyentes que no dan nacimiento a ningún nuevo país, sino al cambio de régimen político (Rusia en 1918, China en 1949, Cuba en 1959, etc.).”

“Por otro lado, el poder constituyente derivado debe darse siempre con normas previas que lo regulen. Pero en cuanto a sus objetivos, puede tener como fin un cambio total o un cambio parcial...”

Y concluye afirmando que: “El poder constituyente originario, hoy por hoy, tiene alcances más reducidos en un mundo globalizado, y además tiene límites, tanto internos como externos, considerando además que existe una cierta presencia internacional que directa o indirectamente, pone barreras o condicionamientos a su ejercicio, que no es ilimitado ni incondicionado ni menos aún absoluto, como se creía antes”.

En otras palabras, el autor citado nos dice como para identificar claramente el papel del poder constituyente, que éste tiene básicamente como fin el dar constituciones, pero que no hay que olvidar que durante una época las constituciones las daba el gobernante.

Las reglas y principios que rigen y orientan el tema que nos convoca, que he enunciado sucintamente, me permiten reproducir en adición algunos fragmentos de un trabajo que hice público en el matutino “Listín Diario”, de mi país, el 23 de diciembre de 2006, al abrirse los primeros debates de la Reforma Constitucional que a instancias del Presidente de la República se lleva a efecto en estos momentos, los cuales versan precisamente sobre la forma o mecanismo a utilizar para tan importante tarea. Ese trabajo se inicia con el título de ¿Constituyente o Asamblea Revisora? y en él hago, entre otras, las referencias y comentarios siguientes:

“El Presidente de la República, promotor de la reforma, favorece que la misma debe llevarse a efecto mediante el procedimiento previsto en la Constitución, o sea, por vía de una asamblea revisora, para lo cual se apoya fundamentalmente en que es esto lo que la Constitución ordena y prevé, mientras otros sectores propugnan a favor de que debe ejecutarse a través de una asamblea constituyente. Es esta fórmula, sin equívoco, la que más respaldo y simpatía ha

suscitado por el carácter plural que su procedimiento encierra y, sobre todo, por el componente político-histórico-sociológico que le es consustancial”.

Este breve enfoque – decía – no toca, sin embargo, esos aspectos. Se limita al marco jurídico-constitucional que igualmente le es propio y dentro del cual debe hacerse efectiva la reforma una vez definido su alcance.

Es de observar que es la misma consulta publicada en la prensa nacional como documento aprobado por la Comisión de constitucionalistas designada, la que precisa, al referirse a los textos que tratan en la Constitución de la manera en que debe hacerse la reforma, que la técnica constitucional contemporánea distingue las modificaciones constitucionales atendiendo a los siguientes criterios: i) *Enmiendas*, cuando se agregan cambios que no afectan la estructura de la Constitución; ii) *Reformas Parciales*, cuando se propone una revisión parcial, que tampoco afecte su estructura o los principios fundamentales; y, iii) *Reformas Totales o Nueva Constitución*, cuando la propuesta tenga un alcance tan amplio que afecte su estructura, criterios y principios. Mientras más sustancial o total es la modificación constitucional -dice el documento de la Comisión-, mayor debe ser la participación popular pues requiere una mayor legitimidad.

Atendiendo a esos criterios, los tratadistas de la materia han acuñado las expresiones, como hemos visto, *poder constituyente* y *poder de revisión* constitucional para condicionar el ejercicio del poder de examen o reforma y limitar sus efectos. Una primera tesis asimila o identifica jurídicamente al *poder constituyente originario* al *poder de revisión* constitucional. Y una segunda se inclina en favor de la diferenciación entre un poder y el otro. Esta última posición que nos parece más lógica y que es aceptada universalmente, postula que el poder de establecer una Constitución –*poder constituyente originario*- no es de igual naturaleza que el de revisar una Constitución ya establecida –*poder constituyente derivado* o

instituido- según las reglas fijadas por la misma Constitución y con un control jurisdiccional eventual de aplicación exacta de estas reglas. Se explica que el acto constituyente y el acto de revisión son poderes que si bien se relacionan, son fundamentalmente distintos y opuestos, por lo que se les conoce también como *acto constituyente o poder constituyente* y *acto de revisión o poder de revisión*.

Es admitido igualmente, según algunos autores, que el primero es soberano pues sus poderes son ilimitados, en tanto que el segundo no goza de esa facultad ya que su competencia, que si bien proviene de un poder constituido por el poder constituyente, es limitada, lo que es suficiente para permitir los cambios constitucionales previsibles o de alcance restringido.

En una reforma constitucional, en presencia de los dos órganos: el poder constituyente originario y el poder de revisión, que no es un poder constituyente pero sí un *poder constituido*, como ya se ha dicho, debe establecerse antes por sus proponentes si la misma será total, parcial o una simple enmienda, a los efectos de elegir el modo de revisión que corresponde. Si la estructura de la Constitución va a ser afectada porque su forma de gobierno, en nuestro caso (civil, republicano, democrático y representativo), será sustituida por otra (monárquico, federativo, parlamentario, autonómico, etc.); o el poder legislativo convertido de bicameral en unicameral o la justicia institucional reemplazada por una justicia popular, por ejemplo, o en fin, se desea instaurar una Constitución nueva, un orden jurídico nuevo distinto al preexistente, no cabe duda que el mecanismo que debe accionarse es el de la *asamblea constituyente* que pone en juego el poder constituyente originario post-fundacional, que actúa después de creado un Estado pero con entera libertad y soberanía.

Sin embargo, si lo que se persigue es la actualización o modernización de determinadas áreas de la Ley Suprema, es decir, introducirle cambios constitucionales previsibles o de alcance

limitado, lo que parece inferirse de la propuesta del Presidente de la República, lo que se impone es una asamblea revisora ya que ésta no puede tomar el lugar del poder constituyente originario que es incondicionado y no sujeto a regla alguna (*legibus solutus*).

En el caso dominicano no se trata de *revelar, decir o crear* una Constitución que es, el *modus operandi* de una constituyente pues, aunque el proyecto del Ejecutivo contempla adiciones que refuerzan y complementan los textos existentes y se crean nuevas instituciones requeridas por la modernidad y los nuevos tiempos, no es la idea ni la propuesta de la reforma prohiar un nuevo orden jurídico-político por vía de la destrucción de lo existente o antiguo y la construcción de uno nuevo sustentado por un cuerpo de reglas y preceptos distintos a los concebidos por los fundadores de nuestro orden constitucional y que conforman aún su estructura orgánica original reflejada en los principios fundamentales que definen su fisonomía, tales como: la separación de los poderes, la soberanía nacional, la intangibilidad de los derechos individuales y sociales de la persona humana y la forma de gobierno –que en nuestro caso– –repito– deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.

Era por ello previsible que el procedimiento a seguirse para llegar a lo que hasta ahora se plantea, no era otro que el de la asamblea revisora que, por demás, como ya he apuntado, es el que está consagrado por los artículos 116 al 120 de nuestra Carta Magna, que de manera imperativa manda a observar el último de estos textos cuando dispone: “*La reforma a la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares*”.

El abandono de este mecanismo en beneficio de una constituyente hubiera requerido necesariamente una reforma previa que desplazara la asamblea revisora, que es la que la Constitución indica, por una constituyente, como forma de hacerse las enmiendas, no

obstante no hallarse presentes las condiciones para esa sustitución: la ruptura de lo que antecede por un orden enteramente nuevo.

No abrigo duda alguna de que este otro elemento contribuyera de manera decisiva en la determinación del Presidente Fernández, al hacer su propuesta de reforma, de desdeñar la vía de la constituyente, lo que fundamentó, entre otras consideraciones, en la existencia de una realidad inocultable cuando dijo:

“La República Dominicana a lo que aspira no es a la desarticulación de un viejo orden ya superado, sino al perfeccionamiento y consolidación de un nuevo orden en construcción. Por consiguiente, en el caso dominicano no puede haber cuestionamiento de la legitimidad del Congreso Nacional ni de sus integrantes, los actuales senadores y diputados, los cuales fueron escogidos mediante el voto popular... Actualmente no hay crisis de legitimidad de las instituciones democráticas de la República Dominicana. Por tanto, no hay ninguna razón válida, sea histórica, política o jurídica, que justifique una reforma de la Constitución de la República por vía de una Asamblea Constituyente”. En Europa, finalizó diciendo: No hay reformas constitucionales por vía de asambleas constituyentes. Las reformas más modernas que conocemos, las de la segunda postguerra, la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana de 1949, la Constitución española de 1978, ninguna ha sido por vía de una Asamblea Constituyente, porque de lo que se trataba no era romper con el pasado. De lo que se trataba era de consolidar la democracia, y aquí en la República Dominicana estamos en ese momento”.

Gracias al avance democrático de los pueblos, y la República Dominicana no es una excepción, las grandes transformaciones constitucionales ahora pueden alcanzarse al margen de los otrora movimientos o fermentos revolucionarios que le sirvieron de vehículo y que, por fortuna, agotado el modelo, hoy sólo forman parte de la historia del constitucionalismo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amaro Guzmán, Raymundo, Sinopsis Histórica de las Reformas Constitucionales, ONAP. S. D. 2005.
2. Constitución Dominicana, 2002.
3. Fernández, Leonel, Discurso, Consulta Popular para la Reforma Constitucional, oct. 9 de 2006.
4. Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Amigo del Hogar, 2003.
5. Moderne, Franck, “Reviser” la Constitution, Dalloz, 2006.
6. Luciano Pichardo, R. ¿Asamblea Revisora o Constituyente? Listín Diario, diciembre 23 de 2006.
7. Sagüés, Néstor Pedro, Teoría de la Constitución, Astrea, 2004.
8. Peña Batlle, M. A., Constitución Política y Reformas Constitucionales, ONAP, 1981.

EL SISTEMA MIXTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NICARAGUA¹

OMAR A. GARCÍA PALACIOS²

SUMARIO: Introducción. 1. Definición de Derecho Procesal Constitucional 2. Evolución histórica de la justicia constitucional en Nicaragua. 3. Control de constitucionalidad en Nicaragua. Modelo mixto. 3.1 Procesos Constitucionales en Nicaragua. 4. El recurso por inconstitucionalidad. 4.1 Función y Objeto. 4.1.2 Legitimación. A) sujeto activo. B) sujeto pasivo. 4.1.3 El procedimiento. 4.1.4 La sentencia y sus efectos. 5. Control de constitucionalidad en casos concretos.

Introducción

El presente trabajo tiene como objeto el estudio del control de constitucionalidad en el sistema nicaragüense. Para ello se aborda el recurso por inconstitucionalidad y la inconstitucionalidad en casos

1 Deseo agradecer al IIDC-Nicaragua y al INEJ, en particular, al Dr. Iván Escobar Fornos y al Dr. Sergio Cuarezma Terán, directores de ambas Institutos respectivamente, por la invitación a colaborar en una obra colectiva en Honor al Maestro Héctor Fix-Zamudio. Para quien escribe es todo honor poder aportar estas breves reflexiones sobre la justicia constitucional nicaragüense.

2 Licenciado en Derecho por la UNAN-León. Tiene el Grado de Doctor en Derecho en el área de Derecho Constitucional por la Universidad de Barcelona, España. Es Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNAN-León); de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA-Managua); y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Americana (UAM-Managua). Imparte las materias de Derecho Constitucional I y II, Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional. Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Capítulo Nicaragua, y del Instituto Nicaragüense de Derecho Financiero y Tributario. Ha sido miembro de la American Political Science Association.

concretos. Ambos mecanismos jurídicos sirven de fundamento para sostener que en Nicaragua el modelo de justicia constitucional adoptado por el ordenamiento jurídico-constitucional obedece a un modelo mixto.

En ese modelo mixto de control de constitucionalidad existen diversos mecanismos o instrumentos jurídicos que integran la noción de procesos constitucionales en Nicaragua, tales como: recurso por inconstitucionalidad, control de constitucionalidad en casos concretos, recurso de amparo, recurso de exhibición personal, conflicto de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, los mecanismos en defensa de la Autonomía Regional y Municipal, y el Habeas Data. Todos los procesos constitucionales tienen como elemento común: la protección jurisdiccional de la Constitución. Hacer prevalecer la supremacía constitucional.

1. Definición de Derecho Procesal Constitucional

El Derecho Procesal Constitucional puede ser definido como el conjunto de mecanismos y procedimientos de diversa índole que tienen como objeto el aseguramiento de los contenidos establecidos en una Constitución (derechos, regulación de los poderes públicos, reforma constitucional y control de constitucionalidad). En ese sentido, el Derecho procesal constitucional se ocupa de las instituciones procesales establecidas en la Constitución que velan por la seguridad jurídica y el debido proceso, es decir, el Derecho procesal constitucional se entiende como el conjunto de normas y principios que tiene por objeto el estudio del proceso constitucional, sus tipos, naturaleza, principios, presupuestos procesales, el objeto del litigio, sus actos procesales, forma de iniciarse, tramitación, prueba, sentencia y recursos, en su caso. Es una materia autónoma, que pertenece al Derecho Público y está ligado al tronco común de la Teoría General del Proceso³. El Derecho Procesal Constitucional también suele identificarse o utilizarse como sinónimo de las expresiones “Justicia Constitucional” o “Jurisdicción Constitucional”. Todas ellas, conducen a un objeto común: la

3 ESCOBAR FORNOS, Iván. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México, 2005. Págs. 1-4.

protección jurisdiccional de la Constitución. Hacer prevalecer la supremacía de la Constitución⁴.

2. Evolución histórica de la justicia constitucional en Nicaragua

La jurisdicción constitucional ha sido una institución conocida en el constitucionalismo nicaragüense; si partimos como hemos mencionado con anterioridad, que lo que nos interesa conocer en su ámbito es lo referido al control de constitucionalidad, y haciendo la salvedad que en su inicio no existía disposición constitucional que específicamente señalara el control de constitucionalidad. Pues bien, como afirma ÁLVAREZ ARGÜELLO el control de constitucionalidad de las leyes es un fenómeno conocido en la tradición jurídica nicaragüense⁵. Esto se pone de manifiesto no tanto en la primera Constitución de vida independiente de Nicaragua como es la de 1838 que consagraba en su artículo 109 inc. 23 un control político a cargo del Legislativo, sino en la de 1854 que como señala ÁLVAREZ ARGÜELLO debido a la gran influencia norteamericana sobre la concepción normativa de la Constitución se trasladará a la sede judicial la observancia de las leyes. Este autor señala que si bien esta Constitución no posee un artículo específico sobre el control constitucional, el mismo se puede interpretar

4 Todo ello está vinculado a las ideas de Constitución como norma, supremacía constitucional, rigidez constitucional, y control de constitucionalidad ver: GARCÍA PALACIOS, Omar A. *El Control de constitucionalidad en España y Nicaragua: significado y alcance*. Trabajo de investigación para optar al Grado de Salamanca en el marco del Programa de Doctorado “Temas clave de Derecho Constitucional y Europeo”. Bienio 1999-2001. Salamanca, 2001. Pág. 20. Sin Publicación.

5 ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución nicaragüense*. Cedecs. Barcelona, 1999. Pág. 123. Contrario a este planteamiento CUAREZMA TERÁN y MORENO CASTILLO, afirman que en “en el constitucionalismo nicaragüense histórico no existen mecanismos o instituciones que permitan su calificación como órganos de justicia constitucional”. CUAREZMA TERÁN, Sergio; y MORENO CASTILLO, Asunción. “La Justicia Constitucional en Nicaragua” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 1997. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 257. Se considera que si bien, en los primeros textos nicaragüenses no se especificaba directamente un mecanismo específico como el control de constitucionalidad y un órgano encargado de administrar la justicia constitucional, la interpretación del artículo 89 de la Constitución de 1854 se puede encontrar el origen del control de constitucionalidad en Nicaragua, y además, el órgano que le correspondía ejercerlo, como eran los tribunales y jueces.

como tal en el análisis del artículo 89⁶; según éste los tribunales y jueces ejercen las funciones que expresamente la Constitución y leyes le señalan, además no pueden aplicar otras leyes que las que estén conforme a la Constitución. De la lectura del mismo se desprende que los jueces y tribunales debían pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, ya que para no aplicarla, tenían que fundamentarse en la inconstitucionalidad de la misma.

Con la Constitución conservadora o mejor conocida como “la Constitución de los treinta años” de 1858, el control de constitucionalidad desaparece y vuelve a establecerse en la Constitución Liberal o “Libérrima” de 1893 donde se deja sentado plenamente el control judicial de las leyes y se incorpora al ordenamiento nicaragüense la institución del Amparo con la Ley de Amparo de 1894.

De esta manera el control de constitucionalidad se mantuvo presente en las constituciones de 1939, 1948, 1950 y 1974 y sus respectivas leyes de Amparo que regulaban los mecanismos sobre la jurisdicción constitucional como el establecimiento del recurso de inconstitucionalidad, que en la práctica funcionaba como Amparo contra leyes debido a la influencia Mexicana de donde fue tomada esta institución.

Así pues se llega a 1979 con la Revolución Popular Sandinista y el control de constitucionalidad desaparece ya que en el Estatuto Fundamental de la República y en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, ambos de 1979, no se encuentra por ningún lado. El control de constitucionalidad vuelve a estar presente en la Constitución de 1987 y su reforma en 1995 y en

6 Artículo 89 Constitución de 1845. “Los tribunales y jueces no podrán ejercer otras funciones que las expresamente detalladas por la Constitución y las leyes, y las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. Tampoco podrán aplicar otras leyes que las que estén conforme a la Constitución...”. Tomado de ESGUEVA GÓMEZ, Antonio. *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*. Tomo I. IHNCA-UCA. Managua, 2000. Pág. 322.

2000, que a su vez es desarrollado por la Ley de Amparo de 1988 y su reforma en 1995⁷.

3. Control de constitucionalidad en Nicaragua. Modelo mixto.

La Constitución de Nicaragua (en lo sucesivo CN) de 1987 y sus reformas (1990, 1995, 2000, 2004, 2005) diseñan un control de constitucionalidad de la ley y otras categoría normativas (decreto, reglamento) basado en un modelo concentrado a través de un recurso directo y abstracto denominado recurso por inconstitucionalidad (artículo 187 Constitución). En este modelo concentrado, la Corte Suprema de Justicia ostenta el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo el diseño constitucional no es suficiente para concluir que en nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley y otras categorías normativas obedece a un modelo concentrado similar al de Tribunales Constitucionales. A la lectura constitucional se debe agregar o complementar la lectura de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ) en el sentido que estas dos normas, específicamente, la Ley de Amparo (en lo sucesivo LA), introducen el denominado control en casos concretos, el cual le permite a cualquier Juez o Tribunal que está conociendo de un caso en concreto poder declarar la inconstitucionalidad de una norma que tiene aplicación directa al caso que está conociendo el Juez y que éste considera que la misma es violatoria a la Constitución. El control de constitucionalidad en casos concretos, a través de sus supuestos (artículos 22-24 LA; art. 5 LOPJ), representa un elemento complementario al modelo diseñado en la Constitución y, nos permite poder afirmar con toda contundencia que nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley y otras categorías normativas obedece a un modelo de control mixto que contiene elementos típicos del modelo de control concentrado también llamado modelo europeo y elementos típicos del modelo de control

7 JIMÉNEZ ALAR, Adonai. *El Recurso de Inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense*. Monografía de la Maestría en Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona-Universidad Autónoma de Nicaragua-León. León, 1996. Págs. 24-26. CUADRA, F. "Breve análisis de la Justicia Constitucional en Nicaragua, en el período histórico comprendido entre 1939 y 1992". *La Justicia Constitucional: una promesa de la Democracia*. ILANUD. San José, 1992. Citado por ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución...* Op. Cit. Pág.124 (Nota 171).

difuso típico de los países con tradición jurídica anglosajona. Nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley y otras categorías normativas (decreto, reglamento, etc) es mixto⁸.

3.1 Procesos Constitucionales en Nicaragua

En el caso nicaragüense, el concepto de Derecho Procesal Constitucional que utilizamos es bastante amplio. Este abarca una serie de instrumentos o mecanismos así como procedimientos que protegen las regulaciones constitucionales, independiente de los órganos competentes para tal fin. En ese sentido, por ejemplo, los órganos pueden ser los jueces, tribunales, salas de la Corte Suprema de Justicia y Pleno de la misma. El Derecho Procesal Constitucional en Nicaragua se encuentra regulado en la Constitución, Ley de Amparo y Ley Orgánica del Poder Judicial, no existe un único instrumento jurídico que regule todos los procesos⁹.

Los procesos constitucionales existentes en el ordenamiento jurídico-constitucional nicaragüense son¹⁰:

- Recurso por Inconstitucionalidad (art. 163; 164 inc. 4; 187 Constitución. Art. 1, 2, 6, 8-21 Ley de Amparo. Art. 27 inc. 1; 34 inc. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Inconstitucionalidad en casos concretos (art. 22-24 Ley de Amparo. Art. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Recurso de Amparo (art. 45; 164 inc. 3; 188. Art. 1, 3, 6, 7, 25-53 Ley de Amparo. Art. 34 inc. 1 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Recurso de Exhibición Personal o Habeas Corpus (art. 45; 189 Constitución; Art. 1, 4, 6, 54-79 Ley de Amparo. Art. 34 inc. 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre Poderes del Estado (art. 163; 164 inc. 12 Constitución).

8 Sobre estas ideas se puede ver de forma más amplia nuestro trabajo. GARCÍA PALACIOS, Omar. *El control de constitucionalidad en España y Nicaragua...* Op. Cit.

9 Por ejemplo, en el caso de Perú existe un Código Procesal Constitucional de 2004 que regula todos los procesos.

10 Consultar: GARCÍA PALACIOS, Omar A. "Procesos constitucionales en Nicaragua" en <http://ecentro.uca.edu.ni/pd/omargp>

Art. 1, 5, 6, 80-84 Ley de Amparo. Art. 27 inc. 2 Ley Orgánica del Poder Judicial)¹¹.

- Conflicto entre el Gobierno Central y las Municipalidades (art. 164 inc. 11 Constitución. Art. 35 inc. 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Conflicto entre el Gobierno Central y las Regiones Autónomas y los Municipios (art. 164 inc. 13 Constitución. Art. 35 inc. 3 y 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Habeas Data (art. 26 inc. 4 Constitución)

El presente trabajo se centra en el estudio de los dos primeros señalados con anterioridad (Recurso por Inconstitucionalidad y control de constitucionalidad en casos concretos).

4. El Recurso por Inconstitucionalidad

4.1 Función y objeto

El recurso por inconstitucionalidad de la ley y otras categorías normativas es un recurso que tiene las características de ser un medio directo y abstracto de control de normas y surge en el ordenamiento nicaraguense con la Constitución de 1987¹². Es un medio utilizado para asegurar y proteger los preceptos constitucionales frente a normas de rango inferior, es decir, para asegurar la supremacía de la norma constitucional. Supremacía que en el caso de Nicaragua se encuentra recogida en el artículo 182 CN estableciendo que “la Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno

11 Sobre el tema puede consultarse, entre otros: GARCÍA PALACIOS, Omar A. “Reformas a la Ley de Amparo” en www.elnuevodiario.com.ni de 29 de Enero de 2008 Sección Opinión.

12 Sobre el recurso por inconstitucionalidad en Nicaragua se puede ver, además de la bibliografía aquí citada, ESCOBAR FORNOS, Iván. *Introducción al Derecho procesal...* Op. Cit. . Págs. 143-192; MARTÍNEZ, Moisés. “Algunos aspectos del Recurso por Inconstitucionalidad” en *Revista Justicia*. Núm. 27. Marzo 2003. Págs. 72-78; GARCÍA VÍLCHEZ, Julio Ramón. *El control constitucional en Nicaragua. Corte Suprema de Justicia*. Managua, 2000; *Recurso por inconstitucionalidad. Teoría, práctica y jurisprudencia*. Lea. Managua, 2007. También es importante revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de las Sentencias que aquí se citan, se pueden ver las siguientes: Sentencia No. 85 de 22 de Agosto de 1989; Sentencia No. 170 de 24 de Noviembre de 1992; Sentencia No. 13 de 27 de Febrero de 1997.

las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”. Coherente con ese precepto el artículo 187 CN establece “el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano”. A su vez, mediante ley denominada “Ley de Amparo” se desarrolla el procedimiento que se ha de seguir para controlar la constitucionalidad de la ley, decreto y reglamento.

Así pues, el recurso por inconstitucionalidad es un instrumento que posee un carácter objetivo y que tiene como finalidad la protección de las normas constitucionales, es decir, que el resto de normas subordinadas a ella, no alteren ni su forma ni su contenido, y que sobre todo la ley como producto emanado del parlamento (poder constituido) no altere y se mantenga dentro de las formas y contenidos que la Constitución (obra del poder constituyente) ha establecido. No interesa en el recurso de inconstitucionalidad situaciones o intereses particulares sino generales y abstractas.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mediante *Sentencia CSJ núm. 113 de 21 de Julio de 1992* que establece en el considerando I que “*el recurso de Inconstitucionalidad para el que la propia Constitución establece acción popular, tal como lo consigna el art. 187 CN, que puede ser interpuesto por “cualquier ciudadano”, es un recurso de control que “no resuelve querellas, individuales sino problemas de ley, generales y del más alto nivel jurídico”. Este orden jurídico superior es el que establece la Constitución Política, al cual deben subordinarse las demás leyes, y éstas no tienen ningún valor cuando se le opongan o alteren sus disposiciones. En todo Recurso de Inconstitucionalidad de una ley, la Corte únicamente analiza si aquella se opone o altera alguna norma constitucional, y su resolución se limita a declarar si tal ley es o no inconstitucional, acarreando, como consecuencia la inaplicabilidad de la misma. (art. 18 y 19 Ley de Amparo)”*.

Veamos, en primer lugar, como es obvio, la ley como producto emanado del parlamento (Asamblea Nacional como denomina la Constitución art.132) y además con posición inferior inmediata

dentro del sistema de fuentes¹³ esté señalada como objeto del control de constitucionalidad.

Nos parece oportuno señalar que dentro del ordenamiento jurídico constitucional nicaragüense existen tipos de leyes. Entre ellas destacan, la denominadas “Leyes constitucionales” que señala el artículo 184 (Ley Electoral, Ley de Emergencia y Ley de Amparo) y que requieren para su aprobación y reforma una mayoría calificada (sesenta por ciento de los Diputados), igual que la establecida para la reforma parcial de la Constitución (arts. 194 y 195). Por otro lado, las leyes que requieren votación igual a la mayoría calificada del sesenta por ciento (Ley de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica), una ley que requiere mayoría absoluta (mitad más uno del total de miembros que integran la Asamblea Nacional) como la Ley de Municipios, y las leyes ordinarias que requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los Diputados presentes (art. 114).

En segundo lugar, se menciona el decreto. Tanto la Asamblea Nacional como el Presidente de la República poseen la facultad de dictar decretos (arts. 138 inc.1 y 150 inciso 4 respectivamente)¹⁴. En este punto nos parece oportuno detenernos.

Antes de las reformas constitucionales de 1995 el Presidente de la República estaba facultado para dictar “decretos ejecutivos con fuerza de ley en materia de carácter fiscal y administrativo” (ex art. 150 inc. 4). Con las reformas de 1995, el Presidente de la República quedó facultado únicamente para dictar “decretos ejecutivos en materia administrativa” (art. 150 inciso 4 vigente). Esto quiere decir que los decretos dictados antes de las reformas poseían “fuerza de ley” eran equiparable a las leyes ordinarias que dictaba la Asamblea Nacional. Con la reforma esa situación ha desaparecido pero estuvo vigente entre 1987 y 1995, y generó

13 Sobre el sistema de fuentes en la Constitución consultar: GARCÍA PALACIOS, Omar A. *Curso de Derecho Constitucional*. De futura publicación por Grupo Editorial Lea.

14 En la opinión de ESCOBAR FORNOS dentro de la categoría de Decreto se incluyen los planes de arbitrio y ordenanzas municipales. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Derecho Procesal Constitucional ...* Op. Cit. Pág. 204.

todo un debate, ya que el ejecutivo (1990-1996) lo utilizó como instrumento para crear impuestos.

Coherente con lo anterior y el sistema de fuentes que existía, la Ley de Amparo retomó lo que la norma constitucional establecía y agregó en el artículo 2 y 6 al “decreto ley” como norma susceptible de control de constitucionalidad.

Ahora bien, al reformarse la Constitución en 1995 desapareció el decreto ley de nuestro sistema de fuentes. Por su lado, la Ley de Amparo fue también reformada y desapareció del artículo 6 el “decreto ley”, no así en el resto del articulado de la Ley. Por ejemplo, artículo 2 que sigue teniendo esta categoría como norma susceptible de control¹⁵. Mediante la reforma del artículo 6 Ley de Amparo se estableció que además de la ley, decreto o reglamento, era susceptible de control “cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella”. Esto último, obviamente pudo generar ciertos problemas mientras estuvo vigente con los que la Corte Suprema de Justicia se enfrentó al realizar la facultad que posee de enjuiciar la constitucionalidad (ver la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 98 de 17 de Agosto de 2001* en la que declaró inconstitucional esa “última parte” -cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella-). Hubiese sido adecuado suprimir esta última frase del artículo 6 LA y dejar este enjuiciamiento a la jurisdicción contencioso-administrativo¹⁶ que como veremos en los siguientes párrafos empezó a funcionar en Mayo del 2001.

15 Artículo 2 LA: “El recurso por Inconstitucionalidad procede contra toda ley, decreto ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución Política”. Por su lado, el artículo 6 derogado decía: “El recurso por Inconstitucionalidad puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos, cuando una ley, decreto ley, decreto o reglamento perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales”. No sólo el artículo 2 ha mantenido en su redacción la categoría de “decreto ley” sino que a lo largo de todo el articulado de la Ley se puede apreciar esta situación ya que la reforma de 1995 de la Ley de Amparo simplemente se limitó a reformar dos artículos (6 y 5 LA) y la reforma de 2008 no se preocupó por “limpiar el texto”. Como es obvio, al desaparecer esta categoría de la Constitución mediante las reformas de 1995 debemos de entender que la misma no existe pese a que esté presente a lo largo del articulado de la Ley de Amparo.

16 Ley No. 350 “Ley de regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo” (Publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 140 y 141 del 25 y 26 de Julio 2000). Mediante *Sentencia No. 40 de 10 de Junio de 2002* la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional varios artículos de esta ley.

Sin embargo, como ya señalamos, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional dicha regulación.

En tercer lugar, el precepto constitucional menciona al reglamento como objeto de control a través del recurso por inconstitucionalidad.

Como es sabido, generalmente los reglamentos no son objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional sino por la contencioso-administrativa. Ya que dentro de la primera se controlaría la constitucionalidad de las normas inferiores a la Constitución y en la segunda se controlaría la legalidad de los actos que emanan de la administración, es decir, se controla la legalidad y no la constitucionalidad.

El constituyente de 1987 seguramente optó por incluir los reglamentos dentro del control de constitucionalidad debido a que en Nicaragua no existía el contencioso-administrativo, de no hacerlo se hubiesen quedado estas normas sin control, lo cual quizás hubiese generado la no protección de la Constitución frente a las mismas.

Por otro lado, es de señalar que mediante las reformas constitucionales de 1995 se introdujo en la Constitución el contencioso-administrativo, y se creó una sala dentro de la Corte Suprema de Justicia pero que dicha jurisdicción no comenzó a funcionar por falta de ley que la desarrollara. Dicha ley fue publicada en Julio del 2000 pero no entró en vigencia sino en Mayo del 2001. También debemos agregar que mediante las reformas constitucionales de 1995¹⁷ se redujo la potestad reglamentaria del Ejecutivo señalando el artículo 141 CN que “las leyes serán reglamentadas cuando ellas expresamente así lo determinen. La Junta Directiva de la Asamblea Nacional encomendará la reglamentación de las leyes a la Comisión

17 Sobre las reformas constitucionales de 1995 puede verse: SILVA PÉREZ, Ada Esperanza; EVERTSZ MORACES, Roberto; VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo; CARDENAL SEVILLA, Bruno. *Nicaragua 1995: Un nuevo intento Constitucional (cronología del Proceso de Reforma Constitucional)*. Centro de Derechos Constitucionales. Managua, 1995; y GERPE LANDÍN, Manuel; VINTRÓ CASTELLS, Joan. “Aproximación a la reforma constitucional de Nicaragua” en *PAPERS. Revista de Sociologia*. Núm. 49. 1996. Págs. 105 y 106.

respectiva para su aprobación en el Plenario, cuando el Presidente de la República no lo hiciere en el plazo establecido” por su parte el 150 inciso 10 CN establece que es facultad del Presidente de la República “reglamentar las leyes que lo requieran, en un plazo no mayor de sesenta días”. Se creó una especie de “reserva de reglamento”¹⁸.

Lamentablemente con la creación del contencioso-administrativo los reglamentos no fueron incorporados a esta jurisdicción. Somos conscientes que reformar una Constitución no es una tarea muy fácil que digamos, pero nos preguntamos, si se ha reformado la Constitución en enero de 2000 para otros fines (personales, partidarios y políticos) ¿por qué no se aprovechó y utilizó la misma para reformar el 187 CN y excluir el reglamento de los actos susceptibles de control por parte de la jurisdicción constitucional?, ya que el artículo 17 inc. 1 de la ley de lo contencioso-administrativo los excluyó de su ámbito de control al señalar que “quedan excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo los aspectos siguientes: Aquellos actos susceptibles del recurso de inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y a la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”.

Creemos que mediante la reforma parcial a la Constitución efectuada en 2000, 2004 2005, se debió aprovechar la misma para reformar el 187 CN y excluir los reglamentos del control constitucional y se hubiese trasladado el mismo a la jurisdicción contencioso-administrativo, así como también excluir del artículo 6 LA esa no muy afortunada frase “cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella” (Posiblemente *la Sentencia No. 98 de 17 de Agosto de 2001* esté pensada bajo esta lógica de argumentación). Recordemos que tanto la reforma parcial de la Constitución así como las leyes constitucionales requieren de la votación favorable del sesenta por

18 Ver: García Palacios, Omar A. *Curso de Derecho...* Op. Cit.

cien de los Diputados (art. 194 y 195 CN). Situación que no se logra todos los días en un Parlamento o Asamblea Nacional.

Por último, en lo que al objeto respecta, debemos señalar que la Ley de Amparo establece que no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia (las reformas) se alegue la existencia de vicios en el procedimiento y aprobación (art. 8 LA). Esta reforma del artículo 6 LA (reformado en 1995 y posteriormente en 2008, y pasó a ser el artículo 8 actualmente de la Ley de Amparo vigente)¹⁹ fue producto de las reformas constitucionales elaboradas en 1995, debido a que las mismas fueron atacadas de inconstitucionales por diversas razones

4.1.2 La legitimación

A) Sujeto activo

El artículo 187 CN establece claramente que el recurso de inconstitucionalidad en contra de una ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución puede ser interpuesto por cualquier ciudadano.

Como es obvio nos encontramos frente a una legitimación popular, es decir, una “*actio popularis*”. Contraria a la legitimación restringida que establece por ejemplo, la Constitución de España, en la cual ciertos órganos o fracciones de órganos son los únicos legitimados para hacer uso del recurso de inconstitucionalidad. En el ordenamiento nicaragüense la legitimación es amplia, es decir, está habilitado “cualquier ciudadano”²⁰. El artículo 6 LA (artículo 8 vigente) establecía que el recurso por inconstitucionalidad podía

19 Véase: Ley No. 643, Ley de reformas y adiciones a la Ley de Amparo. La Gaceta Diario Oficial No. 28 de 8 de Febrero de 2008. Esa reforma ordenó la Publicación íntegra de todo el Texto de la norma con las respectivas incorporaciones. El texto íntegro fue Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 212 de 4 de Noviembre de 2008. La Publicación de Noviembre de 2008 (texto íntegro) no respetó las pautas establecidas en la reforma de febrero de 2008 en relación a la numeración del articulado. Para el presente trabajo se ha trabajado siguiendo el articulado de la Publicación de Noviembre de 2008.

20 El artículo 47 Constitución establece: “Son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años”.

ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos, cuando una ley, decreto ley, decreto o reglamento “perjudicara directa o indirectamente sus derechos constitucionales”. Un sector de la doctrina se manifestó que dicho artículo debía ser declarado inconstitucional ya que entraba en choque con lo establecido por la norma constitucional²¹.

La Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de manifestarse al respecto, y señaló que lo importante era la “calidad de ciudadano” y no que si existía un perjuicio directo o indirecto. Así, en el Considerando I estableció: *“es oportuno mencionar que aún cuando los recurrentes cumplieron con el requisito de expresar los perjuicios que directa o indirectamente se les causaba, esto no es un requisito esencial, pues la Constitución, Ley Fundamental y Suprema, señala como único requisito para la interposición del recurso por inconstitucionalidad la calidad de ciudadano, norma que prima sobre cualquier otra, pues lo que se pretende con este medio de control constitucional es el mantenimiento de la supremacía constitucional, y no solamente la protección de los derechos constitucionales individuales”* (Sentencia Corte Suprema de Justicia No. 110 de 2 de Octubre de 1991).

De esta forma al ser reformada la Ley de Amparo en 1995, el nuevo artículo 6 (artículo 8 vigente) eliminó lo que establecía el antiguo sobre la exigencia del “perjuicio directo o indirecto causado”.

Nos resta señalar que, congruente con la “actio popularis” que señala la norma constitucional, lo importante para interponer el recurso es demostrar la calidad de ciudadano. Recordemos que en Nicaragua se es ciudadano a partir de los dieciséis años (art. 47 CN). Con todo ello, es de suyo señalar que un extranjero carece de tal facultad.

Ahora bien, la Ley de Amparo señala que también se puede interponer el recurso de inconstitucionalidad de manera personal, o

21 En este sentido se manifestó ESCOBAR FORNOS al manifestar que dicho precepto (art. 6 LA) al vincular la legitimación a los perjuicios directos o indirectos del recurrente se oponía a la norma constitucional. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Derecho Procesal Constitucional ...* Op. Cit. Pág. 206.

por apoderado especialmente facultado para ello. En este segundo supuesto, es necesario, que el poder sea otorgado por Notario Público domiciliado en Nicaragua (art. 15 Ley de Amparo)²². Debemos señalar que el recurso por inconstitucionalidad no cabe interponerlo en representación de una persona jurídica, sólo opera en los caso de personas físicas mayores de 16 años.

Por otro lado, hay autores que sostienen que esta “actio popularis” es un tanto restringida. RAMOS MENDOZA opina que existen restricciones debido a que se exige la calidad de ciudadano a quien desee interponer el recurso y que además hay restricciones en la presentación de dichos recursos por gremios, asociaciones, etc²³.

Se considera que mayor grado de apertura para interponer el recurso por inconstitucionalidad es muy difícil de obtenerse. Tanto la Constitución como la Ley de Amparo señalan como legitimados al “ciudadano o ciudadanos”, es decir, que puede ser más de un ciudadano, además, nótese la corta edad con que en Nicaragua se es ciudadano (16 años) adquiriéndose los correspondientes derechos políticos.

Resulta adecuado el establecimiento de la “actio popularis”, al final será el pueblo soberano quien delegando en el poder constituyente la facultad de dictarse una norma superior y fundamental, como es la Constitución, el que tenga a su vez la legitimación para proteger la obra que el mismo ha delegado en el poder constituyente.

Sin embargo, cosa distinta es que, debido a los bajos niveles de educación, producto de sistemas deficitarios ó que no interesa que las grandes mayorías tomen conciencia de la importancia de una

22 En Nicaragua los Notarios Públicos debidamente autorizados por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia poseen la facultad del ejercicio del notariado fuera de la República de Nicaragua, siempre y cuando los actos que manifiestan dar fe pública surtan sus efectos en el territorio nicaragüense o sea concertados entre nicaragüenses (art. 2 Ley del Notariado). En este caso la ley es clara y no cabe el supuesto anteriormente señalado.

23 RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” en www.csj.gob.ni/ponencia%20JRM-web.htm” este trabajo también se encuentra publicado en: “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II Parte” en *Revista Justicia*. Nos. 20 y 21. Págs. 9-13 y 19-21 respectivamente. Febrero-Abril 2000. Para el presente trabajo se utilizó la versión electrónica.

Constitución, el establecimiento de la “actio popularis” carezca de la importancia que debería tener en este caso concreto.

Sería interesante elaborar un estudio para determinar de qué tipo de ciudadanos, es decir, niveles de escolaridad, provienen la mayor parte de recursos de inconstitucionalidad que se interponen ante la Corte Suprema de Justicia. Si provienen de abogados, de estudiantes de las facultades de derecho, de políticos, personas vinculadas a organismos no gubernamentales, o de ciudadanos comunes y corrientes que se preocupan porque la norma constitucional mantenga su supremacía y no sea alterada por cualquier norma de rango inferior a ella.

B) Sujeto pasivo

La Ley de Amparo establece que se le dará intervención al funcionario o titular del órgano en contra de quien se interpone (art. 13). Así mismo, se le dará intervención a la Procuraduría General de Justicia (art. 11). Es de señalar, que la Procuraduría General de Justicia (entiéndase Procuraduría General de la República) en Nicaragua está representada por el Procurador General de Justicia que es el Abogado del Estado.

En la práctica se observa que al interponer un recurso de inconstitucionalidad siempre se dirige en contra del Presidente de la Asamblea Nacional, así como del Presidente de la República.

4.1.3 El procedimiento

El recurso por inconstitucionalidad se interpone por parte del ciudadano o ciudadanos o por medio de un apoderado especial para tal acto ante la Corte Suprema de Justicia (art. 8 y 15 Ley de Amparo). Es facultad de la Corte Suprema de Justicia conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley (art. 164 inc. 4 Constitución) dicha labor la Corte Suprema la realiza en Pleno (art. 163 Constitución).

Pues bien, la Ley de Amparo señala que el recurso por inconstitucionalidad se debe interponer dentro del término de 60

días contados desde la fecha en que entra en vigencia la ley, decreto o reglamento que se impugna (art. 12). Como muy acertadamente ha señalado ÁLVAREZ ARGÜELLO, el plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad no es a partir de la publicación de la ley, decreto o reglamento, sino a partir de la vigencia efectiva de la norma, lo cual quiere decir que durante la “vacatio legis”, en su caso, las leyes no podrán ser impugnadas de inconstitucionales²⁴.

El recurso por inconstitucionalidad se dirige contra el titular del órgano que emitió la ley, decreto o reglamento (art. 9 Ley de Amparo), se formula por escrito, en papel sellado de ley, se dirige directamente a la Corte Suprema de Justicia, se presenta en la Secretaría de la Corte con copias suficientes en papel común para que sean entregadas al funcionario contra quien fuere dirigido el recurso y al Procurador General de Justicia. El escrito debe contener (art. 13 Ley de Amparo):

- 1) Nombres, apellidos y generales de ley del recurrente.
- 2) Nombres y apellidos del funcionario o titular del órgano en contra de quien fuera interpuesto.
- 3) La ley, decreto o reglamento impugnado, la fecha de su entrada en vigencia y la disposición o disposiciones especiales que se opongan a la Constitución, determinando las normas que se consideren violadas o contravertidas.
- 4) Una exposición fundamentada de los perjuicios directos o indirectos que la ley, decreto o reglamento le cause o pudiere causarse.
- 5) La solicitud expresa para que se declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento o partes de la misma.
- 6) Señalamiento de casa conocida para notificaciones.

Ahora, si el recurrente omitiera uno de los requisitos antes señalados, y si la Corte Suprema de Justicia considera que el

24 ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución ...* Op. Cit. Pág. 132. Por su parte, RAMOS MENDOZA es de la opinión que la fecha de entrada en vigencia de la ley, decreto o reglamento, “en general se determina a partir de su publicación en la Gaceta Diario Oficial o en cualquier medio de comunicación, si hubiera disposición que así lo señale”. RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

escrito no reúne los mismos concede al recurrente un plazo de cinco días para que corrija las omisiones de forma que notare en el escrito de interposición del Recurso. Si el recurrente dejare pasar este plazo, el recurso se tendrá por no interpuesto (art. 14 Ley de Amparo). Como vemos, los defectos formales del recurso pueden ser subsanados. La Corte es muy estricta en cuanto a los procedimientos y a los requisitos de presentación. Es obligatorio subsanar lo que la Corte señala ya que de lo contrario el recurso se tiene como no interpuesto.

Pues bien, una vez aceptado el escrito del recurso por inconstitucionalidad, que como se sabe, se presenta ante la Secretaría de la Corte, ésta lo remite al despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y este a su vez lo envía al Presidente de la Sala de lo Constitucional; la Corte Suprema de Justicia se pronunciará sobre la admisibilidad o no del escrito. Aquí se entrará a revisar si el escrito ha sido interpuesto por un ciudadano o ciudadanos o mediante apoderado especial, si lo que se recurre, sea ley, decreto o reglamento se hace dentro de los 60 días que contempla la Ley de Amparo. Este examen sobre los requisitos de admisibilidad lo lleva a cabo el Presidente de la Sala de lo Constitucional o el Magistrado que él designe. Así pues, si la Corte Suprema de Justicia considera la admisibilidad, la misma ordena que se siga el procedimiento²⁵.

Ahora, entremos de lleno al procedimiento una vez que se ha declarado la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, que según señala el art. 16 Ley de Amparo, la Corte tiene un plazo de quince días para pronunciarse sobre la misma, una vez que éste ha sido presentado.

25 Manifiesta RAMOS MENDOZA que “la subsanación de requisitos tiene criterios divididos al interior de la Corte Suprema de Justicia, ya que algunos Magistrados sostienen, que algunos de ellos, si pueden ser subsanados y otros no, como por ejemplo, la presentación de un poder generalísimo en vez del especial establecido en la ley, se estima como suficiente”. RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

Como señala RAMOS MENDOZA²⁶, se distinguen tres etapas en el proceso, el cual es eminentemente escrito: a) la interposición y declaratoria de admisibilidad o no; b) la participación de los sujetos legitimados y las autoridades recurridas en demostrar sus pretensiones; y c) la sentencia y su publicación.

Pues bien, como ya hemos aludido a la primera de las etapas, entremos a ver el procedimiento una vez que la Corte Suprema de Justicia ha declarado la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad.

Como se ha dicho, corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Pleno conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad (art. 163 Constitución). Recordemos que las reformas constitucionales de 1995 establecieron la división de la Corte en Salas. Una de ellas fue la creación de la Sala de lo Constitucional. Pues bien, la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció que una de las competencias de dicha Sala era “instruir y proyectar las resoluciones en materia de recursos de inconstitucionalidad para que sean resueltas por la Corte Plena” (art. 34 inc. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Una vez que la Corte Suprema de Justicia ha admitido el recurso de inconstitucionalidad, que como se ha dicho, tiene 15 días desde la presentación del mismo para pronunciarse sobre la admisibilidad o no del mismo (art. 16 Ley de Amparo), la Ley de Amparo señala que la Corte Suprema de Justicia pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone el recurso, el que deberá rendirlo dentro de quince días de que fue recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien. Se le entregará para ello una copia del escrito y de la providencia respectiva que se dicte. También se dará una copia a la Procuraduría General de Justicia al momento de la notificación (art. 17 Ley de Amparo).

De la lectura del artículo antes citado podemos deducir que es una obligación rendir el informe por parte del funcionario en contra de quien se interpone el recurso. El artículo mismo señala:

26 RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

“la Corte Suprema de Justicia pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá rendirlo...” (art. 17 Ley de Amparo). Pero, ¿qué sucede si el funcionario no lo rinde?. El artículo 19 parece darnos una respuesta; señala el mismo que: “transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuere el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia...” (art. 19 Ley de Amparo). Al respecto, debemos de señalar que la Ley de Amparo no contempla ninguna sanción para el funcionario que no rinda el informe. Esta situación puede generar dudas de que si es obligatorio o no. Somos de la opinión que el artículo debe ser tomado como una obligación para el funcionario de rendir el informe.

Ahora bien, una vez que el funcionario ha presentado o no el informe dentro de los 15 días, “la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia para que dictamine el recurso; pasado este término, con el dictamen o sin el, la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada” (art. 19 Ley de Amparo).

Como vemos, el artículo señala también la posibilidad que se presente o no el dictamen de la Procuraduría General de Justicia. Creemos que también, aunque el artículo no lo señala tan expresamente como en el caso del funcionario, es un deber el hecho de presentar el dictamen por parte de la Procuraduría General de Justicia. Recordemos que la institución del Ministerio Público en Nicaragua no existía, es con la reformas constitucionales del 2000 (art.138 inc. 9 Constitución) que se crea esta institución de gran importancia dentro de la vida democrática de un país. Así pues, la Procuraduría General de Justicia ejercía tanto la función de Ministerio Público como de Fiscalía de Estado. Por otro lado, la Ley de Amparo tampoco contempla la posibilidad de sanción alguna si la Procuraduría General de Justicia no presenta el dictamen.

Es necesario señalar, que la Ley de Amparo faculta a la Corte Suprema de Justicia para recaudar todos los datos, e información que estime necesario para resolver el recurso. La Corte lo hace

efectivo a través de providencias. Todo con el objeto que le sirvan para tener mejor elementos de juicio a la hora de dictar la sentencia. Asimismo, señala también la Ley de Amparo, que dará intervención al recurrente, el funcionario y a la Procuraduría General de Justicia (art. 18 Ley de Amparo).

Pues bien, una vez que el recurso está en la Sala de lo Constitucional, corresponde al Magistrado Presidente de la misma o al que se designe, elaborar el proyecto de sentencia, del cual se dará traslado a los demás Magistrados para su aprobación o desaprobación. Es así, como dicho proyecto, junto con el expediente sobre el recurso, es acompañado con una hoja de ruta, en la que se señala el orden en que debe ser examinado por los demás Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Cada Magistrado podrá aprobar o desaprobar el proyecto, debiendo señalar las observaciones pertinentes, para el supuesto de desaprobación.

De esta forma, el Magistrado que ha proyectado la sentencia, una vez que el expediente junto con el proyecto de sentencia ha sido devuelto a su despacho, si obtuvo el número de opiniones favorables 2/3 (art. 26 Ley Orgánica del Poder Judicial), es decir, 12 de los 16 Magistrados que actualmente integran la Corte Suprema de Justicia, remite al Secretario de la Corte, quien hace circular la votación, y el Magistrado que no esté de acuerdo puede razonar su voto²⁷. Esta fue la redacción original que estableció la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1998. Según reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley No. 404. La Gaceta Diario Oficial No. 197 de 17 de Octubre de 2001) el número de 2/3 de opiniones favorables que establecía el artículo 26 pasó a ser “la mitad más uno del total de sus integrantes”. Actualmente de los 16 Magistrados para aprobar una resolución de Corte Pleno se necesita 9 de los 16 Magistrados.

Si el proyecto no obtiene la mitad más uno del total de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia favorables para

27 En nuestro acervo jurídico “razonar el voto” es igual a lo que en España se conoce como voto particular. También, en el caso nicaragüense, este voto razonado se publica junto con la sentencia.

poder ser aprobado, se reasigna a un nuevo Magistrado para que elabore un nuevo proyecto de sentencia, y se realiza de nuevo el procedimiento que ya hemos descrito. Es de señalar, que cuando el caso es “de mayor trascendencia”, la Corte Suprema de Justicia opta por reunirse en Pleno y discutir el proyecto de sentencia; por supuesto, que se han distribuido con anterioridad fotocopias del proyecto a cada Magistrado que integra la Corte Suprema de Justicia (16 Magistrados)²⁸.

Pues bien, una vez agotado todo el procedimiento la Corte Suprema de Justicia dicta la sentencia que tendrá los efectos jurídicos que a continuación describimos.

4.1.4 La sentencia y sus efectos

Los artículos 20 y 21 de la Ley de Amparo establecen los efectos de la sentencia tanto para las estimatorias como para las desestimatorias de un recurso de inconstitucionalidad.

“La declaración de inconstitucionalidad tendrá por efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, la inaplicabilidad de la ley, decreto o reglamento o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos, si la inconstitucionalidad fuere parcial. La Corte Suprema de Justicia, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás Poderes del Estado para su conocimiento y la mandará publicar en La Gaceta, Diario Oficial” (art. 20 Ley de Amparo).

“La sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto o reglamento, producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales. Cuando se recurrió solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos” (art. 21 Ley de Amparo).

28 RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

De la lectura de los artículos antes señalados se desprenden varios efectos. En primer lugar, la Ley establece que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos “a partir de la sentencia que lo establezca”. En este punto, por ejemplo, se presenta un supuesto contrario al español, que establece que la sentencia produce efectos generales desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado (art.38.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español-LOTIC).

Es decir, si nos apegamos a la lectura literal del precepto, una vez que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado mediante sentencia y ha declarado la inconstitucionalidad de una norma, automáticamente se producen los efectos.

Sin embargo, a pesar de lo que señala la Ley, es de recordar que debido a las peculiaridades del proceso constitucional de declaración de inconstitucionalidad donde lo que prima es el carácter objetivo y general, y no los intereses particulares, somos de la opinión que la sentencia producirá sus efectos respecto a las partes que intervienen en el proceso, desde el momento en que son notificadas, y respecto a los Poderes públicos, desde que reciben copia de la declaración de inconstitucionalidad, y respecto a todos los ciudadanos y resto de entes públicos, desde el momento que la misma es publicada en La Gaceta, Diario Oficial²⁹.

Ahora bien, en segundo lugar, la Ley señala que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, declarará “la inaplicabilidad”³⁰ de los mismos. Esta es otra situación que se presenta, por lo menos desde la lectura literal del

29 En igual sentido se ha manifestado ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución ... Op. Cit.* Pág. 136.

30 ÁLVAREZ ARGÜELLO manifiesta que posiblemente el legislador haya utilizado el término inaplicar debido a la omnipresente influencia del viejo amparo contra leyes, pero en cualquier caso, para el contexto nicaragüense “no debe entenderse como excluyente y opuesto a anular”, sino que “la ley declara inconstitucional, más que inaplicable, debe reputarse como prácticamente expulsada del ordenamiento, esto es, nula”. ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución ... Op. Cit.* Pág. 135 y 136. RAMOS MENDOZA es de la opinión que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto y reglamento sólo tiene el efecto de inaplicabilidad y no de derogación, ya que no existe en la Ley de Amparo disposición que ordene la derogación. Todo esto genera confusión entre los usuarios del recurso y los Poderes Públicos. RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

precepto, contrario a lo establecido por la legislación española al señalar que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma declarará igualmente la “nulidad” (art. 39.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español LOTC).

Como se sabe, la inaplicabilidad es un efecto que opera básicamente en aquellos procesos donde existe un conflicto, donde hay una “litis”, y una de las partes será la que obtendrá el derecho que le corresponde, es decir, que lo declarado por el juez o tribunal tendrá el efecto “inter partes”, la ley, decreto o reglamento declarado “inaplicable”, lo será para ese caso concreto y no para otros. La inaplicabilidad como efecto opera básicamente en los sistemas de tradición anglosajona.

El caso nicaragüense es otro, y creemos que “inaplicabilidad” debe ser entendida como nulidad, y por tanto expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico. Debemos de recordar que si bien la Ley habla de “inaplicabilidad” (art. 20 LA), los efectos que esta produce son “erga omnes” (las partes, los poderes públicos, y los ciudadanos en general art.20 LA), además “ex nunc” (a partir de la sentencia que lo establezca), y causa efecto de cosa juzgada general (art. 21 LA).

Todo lo antes expuesto, acorde con la configuración del sistema nicaragüense viene a ser reafirmado por la misma norma constitucional, al señalar que “no tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones” (art. 182 Constitución). Con esto, creemos que por inaplicabilidad debe entenderse la nulidad de la norma. Es curioso, señalar que la Corte Suprema de Justicia, acorde a la lectura literal del precepto (inaplicabilidad) sigue manifestando en sus resoluciones de declaración de inconstitucionalidad la “inaplicabilidad” de la ley, decreto o reglamento declarado inconstitucional, lo cual significa *“que una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, ya sea parcial o total, convierte en letra muerta esa ley o parte de la misma, según el caso, lo cual equivale, sin ser idéntica, a una derogación de la norma subordinada por contrariar a la ley fundamental”* (Sentencia CSJ no. 13 de 21 de Julio 1992, considerando I).

En tercer lugar, la Ley establece que la sentencia que declare si es constitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto o reglamento, producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales (art. 21 Ley de Amparo).

Se ha dicho, que la cosa juzgada en materia de proceso de constitucionalidad, específicamente en los procesos de declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, debemos de entenderla de una manera un tanto distinta a lo que normalmente se entiende como cosa juzgada en materia civil.

No cabe duda, que la cosa juzgada en sentido formal es aplicable al proceso de declaración de inconstitucionalidad, debido a la finalidad que el mismo proceso presenta, es necesario, tanto la protección de la supremacía constitucional como el principio de preservación de la ley. Es por ello, que casi siempre se establecen unos plazos bastante cortos para interponer los recursos de inconstitucionalidad, por ejemplo 3 meses en España, 60 días en Nicaragua a partir de la publicación de la norma. Pero, ¿qué sucede si una norma no es tachada de inconstitucional por parte de los sujetos legitimados durante el período que la legislación establece?, es decir, ¿opera la cosa juzgada material en igual sentido para los procesos de declaratoria de inconstitucionalidad que en los procesos civiles?. La respuesta como ya se ha señalado en la presente investigación es que no opera de igual manera. Tanto España como Nicaragua permiten la posibilidad de señalar la inconstitucionalidad de una norma por otras vías, las cuales no son incompatibles entre sí. Recordemos, que para el caso español existe la “cuestión de inconstitucionalidad”, así como la “inconstitucionalidad en casos concretos” para el caso nicaragüense.

En el caso nicaragüense, como se ha manifestado, existe la posibilidad de atacar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento una vez que el plazo de los 60 días se ha vencido. Nos referimos, a la denominada inconstitucionalidad en casos concretos (supuesto del art. 22-24 Ley de Amparo). Aquí no existe, como es obvio, límite alguno para poder alegar la supuesta inconstitucionalidad.

Por lo tanto debemos concluir señalando que la cosa juzgada de forma general operará sólo en el sentido formal, no así, en el sentido material, debido a que la legislación nicaragüense deja abierta la posibilidad de control posterior (una vez que se ha hecho uso de la vía del recurso de inconstitucionalidad) a través de la denominada inconstitucionalidad en casos concretos. Sobre este tema entraremos más adelante de forma detallada.

Por último, nos parece oportuno señalar lo relacionado a la tipología de las sentencias, tema como ya resaltamos, bastante polémico, debido a que en muchas legislaciones, como la española, donde sólo se contempla la posibilidad en la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma, el binomio inconstitucionalidad-nulidad, que como se sabe es heredado del sistema de Tribunales Constitucionales de influencia Kelseniana, se presentan un abanico de posibilidades que desbordan la normativa tanto constitucional como legal sobre el hecho que la declaración de inconstitucionalidad conlleva siempre la nulidad³¹. Así pues, los Tribunales Constitucionales como órganos encargados del control de la constitucionalidad de las normas, mediante sus resoluciones han elaborado diversos tipos de sentencia tales como las de mera inconstitucionalidad, manipulativas, interpretativas, etc.

5. El control de constitucionalidad en casos concretos

El control de constitucionalidad en casos concretos se concretiza en nuestro sistema a través de la declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos. Dos son los supuestos que recogen los artículos 22-24 Ley de Amparo y 5 Ley Orgánica del Poder Judicial.

31 Sobre este tema el binomio “inconstitucionalidad-nulidad”, así como las sentencias interpretativas, que significa que el Tribunal Constitucional no considera que la norma es inconstitucional, “en tanto en cuanto se interprete” en el sentido que el Tribunal establece puede verse: GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

Planteamiento Legal: Ley de Amparo y Ley Orgánica del Poder Judicial

Inconstitucionalidad en casos concretos

Artículo 22: La parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo, podrá alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado. Si resultare se cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema de Justicia, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento aplicado, de conformidad con el artículo 18 de la presente ley.

Artículo 23: Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto ley, decreto o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte Suprema de Justicia ratifica la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la presente ley.

Artículo 24: En los casos de los dos artículos anteriores, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto ley, decreto o reglamento, no podrá afectar o perjudicar derechos adquiridos por terceros en virtud de dichas leyes, decretos leyes, decretos o reglamentos.

Control Constitucional en caso concreto

Artículo 5: Cuando en un caso sometido para su conocimiento, la Autoridad Judicial considere en su sentencia que una norma, de cuya validez depende el fallo, es contraria a la Constitución Política, debe declarar su inaplicabilidad para el caso concreto. En caso que una de las partes, haya alegado la inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial deberá pronunciarse necesariamente sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión.

Cuando no hubiere casación y por sentencia firme hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, la Autoridad Judicial en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Si la Corte Suprema de Justicia ratifica esa resolución de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad para todos los casos similares, de conformidad con la Ley de Amparo.

En relación a las regulaciones de la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial se pueden destacar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, resulta oportuno determinar los supuestos en que cabe la llamada inconstitucionalidad en casos concretos:

- 1) cuando una parte (vía casación o amparo)³² así lo alega ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 22 LA), o cuando una parte en un caso determinado así lo señale, corresponde a la Autoridad Judicial acoger o rechazar la pretensión (art. 5 LOPJ). Este supuesto parece acercarse más a la idea de Autoridad Judicial (Jueces y Magistrados de Apelaciones) que a la idea de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercen funciones jurisdiccionales. La redacción del párrafo segundo del artículo 5 LOPJ así lo manifiesta.
- 2) Cuando la Autoridad Judicial conociendo de un caso en concreto considere en su sentencia que una norma, de cuya validez depende el fallo, es contraria a la Constitución Política. En este supuesto, la Autoridad Judicial, debe declarar

32 Sobre la base de esta redacción la Corte Suprema de Justicia en Pleno y la Sala de lo Constitucional han declarado inconstitucional normas consideradas contrarias a la Constitución, cuando las pretensiones que se tramitan no se ubican perfectamente dentro de los supuestos contemplados por la Ley de Amparo (el recurrente de un amparo, de un recurso de casación o la parte que así lo solicita en un juicio). Puede verse la Sentencia No. 15 de 29 de Marzo de 2005 Corte Plena que declara inconstitucional una norma mediante la activación de un "conflicto de competencia entre Poderes del Estado"; y la Sentencia No. 185 de 30 de Junio de 2003. Sala de lo Constitucional que declara inconstitucional una norma mediante un recurso de Queja ante la Sala por la no tramitación de un Recurso de Exhibición Personal.

la inaplicabilidad para el caso concreto (art. 5 LOPJ). 3) En los casos que no hay casación y existe una sentencia firme en la cual se ha declarado la inconstitucionalidad de forma expresa, la Autoridad Judicial (artículo 5 LOPJ) o el funcionario judicial o tribunal (art. 23 LA) deben remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, el primero de los supuestos es cuando una parte que recurre en Casación ante la Corte Suprema de Justicia o alguien que recurre en amparo ante la Corte Suprema de Justicia alega la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento que se le aplicó. En este supuesto, como podemos deducir de la lectura del mismo, es necesario haber alegado la inconstitucionalidad en la primera y en la segunda instancia para el caso del que recurre en Casación ya que el artículo es claro al señalar que sea una ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado al caso concreto. Con lo que también se deduce que es necesario que exista una conexión entre el caso concreto y la aplicación en el mismo de una ley, decreto o reglamento que se presume es inconstitucional. Por tanto, no podrá una parte que recurre de Casación ante la Corte alegar la inconstitucionalidad de una norma que no tenga ninguna conexión con el caso concreto o que la misma no haya sido aplicada en ese supuesto.

Por otro lado, en el caso de que sea alguien que recurre en amparo, recordemos que el amparo según la legislación nicaragüense es un instrumento utilizado para la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (art. 188 CN), por lo tanto, resulta un poco curioso que a través de esta vía, también se pueda controlar la constitucionalidad de la ley, decreto o reglamento. Como sabemos, lo que prima en los procesos de declaración de inconstitucionalidad es el carácter objetivo, y público y no los intereses particulares. Pero así ha querido el legislador configurar nuestro ordenamiento jurídico en materia de controles de constitucionalidad; posiblemente esto se deba al “fantasma” del amparo contra leyes que siempre ha estado presente en nuestra

tradición jurídica³³. A pesar de todo, nos parece oportuno señalar, que esta vía de control de constitucionalidad a través del recurso de Casación o del amparo es de mucha importancia, ya que la misma, si bien no creemos sea un mecanismo idóneo para el ejercicio del control, debido a la naturaleza que ambos recursos poseen (Casación y Amparo), sí representa una posibilidad real de poder controlar la constitucionalidad de la ley, decreto o reglamento una vez que el plazo de los 60 días se ha vencido. Esta vía permite poder controlar la constitucionalidad en cualquier tiempo, lo cual representa un importante instrumento al servicio del ciudadano para la protección de la supremacía de la Constitución, y a su vez refuerza la intención del constituyen de la “*actio popularis*”.

Pues bien, una vez que se ha alegado la inconstitucionalidad a través de la Casación o del amparo, la Corte Suprema de Justicia además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento aplicado según el artículo 18 de la Ley de Amparo (“la inaplicabilidad de la ley, decreto o reglamento”). Es decir, que los efectos de declaratoria de inconstitucionalidad serán exactamente los mismos que los que resultan del recurso de inconstitucionalidad (“*erga omnes*”, generales, “*ex nunc*”). Sobre esta vía de control la Corte Suprema de Justicia primero declara el amparo, a través de la Sala Constitucional ó la Casación (Sala Civil, Penal), según el caso, y luego se utiliza el mecanismo para la declaratoria de inconstitucionalidad prevista para el recurso por inconstitucionalidad. Recordemos que esta competencia viene dada por la Ley de Amparo (arto. 22 párrafo

33 Sobre el amparo frente a leyes en el caso español puede verse: BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Amparo frente a leyes (en torno a la sentencia del TC de 18 de Diciembre de 1981)” en *Revista de Administración Pública*. Núm. 98, 1982. Págs. 167 y ss.

segundo) y además es también recogida por los artos. 5 y 27 inc. 5 LOPJ³⁴.

Por otro lado, debemos señalar que las partes legitimadas para hacer uso de esta vía de control deberán reunir los requisitos que la legislación establece para interponer un recurso de casación o de amparo. De esta forma, en el caso de la casación serán las partes en litigio las legitimadas, y en el recurso de amparo serán el recurrente que debe tener un interés jurídico que se tiene que proteger y la autoridad que dictó el acto administrativo. En ambos casos, se le dará intervención a la Procuraduría General de Justicia.

Así mismo, es importante señalar que para poder aplicar este mecanismo es necesaria la existencia de una conexión lógica entre el caso en concreto que se está conociendo y la aplicación directa de normas (ley, decreto o reglamento) que se consideran inconstitucionales a ese caso. No se trata de cualquier norma en el ordenamiento jurídico, sino aquella que se aplica directamente al caso en cuestión³⁵.

34 Sobre el tema pueden consultarse varias Sentencias, entre otras: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 13 Sala Constitucional de 27 de Febrero de 1997 (sobre un recurso de amparo); y Sentencia No. 9 de 6 de Marzo de 1997 (declaratoria de inconstitucionalidad vía recurso de amparo). Aquí la CSJ amparó al recurrente y declaró la inconstitucionalidad de una ley alegada; Sentencia No. 53 de 5 de Marzo de 1999; Sentencia No. 48 de 1 de Julio de 2005 (producto de un Recurso de Amparo-Sentencia No. 5 de 1 de Febrero de 2005- se Ampara al recurrente y declara la inconstitucionalidad). En todos los casos señalados, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resuelve el Amparo y declara la inconstitucionalidad. Dicha declaratoria debe ser confirmada por la Corte Suprema de Justicia. La Sala eleva la declaratoria de inconstitucionalidad al Pleno de la Corte y esta discute y decide, ya sea reafirmar o no la declaratoria de inconstitucionalidad. Todo ello para estar dentro de la lógica de los efectos que genera la Sentencia que declara la inconstitucionalidad de las normas tal como se manifestó en el párrafo que da origen a esta nota al pie.

35 En ese sentido, se considera que la declaratoria de “inconstitucionalidad en el caso en concreto” que realizó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través de la *Sentencia No. 15 de 29 de Marzo de 2005* sobre un artículo e inciso (29 inc. f) del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia a través de un Mecanismo de Conflicto de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, se aleja, precisamente, de la lógica imperante en el control de constitucionalidad en caso concreto. Resuelta difícil que pueda el Pleno de la Corte declarar la “inconstitucionalidad en caso concreto” ya que sus competencias están claramente señaladas y en el caso del control de constitucionalidad, sólo conoce de los recursos por inconstitucionalidad y de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado. En nuestro criterio, no puede operar el control en casos concretos en esos supuestos, es ilógico y contrario a la configuración del sistema. Recuérdese que el Pleno de la Corte tiene la competencia de “ratificar” la declaratoria hecha por la “Autoridad Judicial”.

Ahora bien, el segundo supuesto o situación en la que se puede alegar la inconstitucionalidad así como declararla en el caso concreto es cuando un juez o tribunal conoce de un caso concreto y por sentencia firme (en los casos que no hay casación) decide resolverlo con declaración expresa de inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Este supuesto es para aquellas materias donde no existe el recurso de casación, por ejemplo, en materia de índole laboral. Se puede también apreciar en este supuesto, lo que a lo largo de la investigación hemos venido repitiendo, es decir, la capacidad que le otorga la legislación nicaragüense a los jueces o tribunales para declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento que sea contraria a la Constitución Política en el caso concreto que está conociendo. Es una especie de cuestión de inconstitucionalidad, ya que el juez o tribunal que declara la inconstitucionalidad de un a ley, decreto o reglamento, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Lo que diferencia la una de la otra es que en el caso nicaragüense la declaración de inconstitucionalidad se envía a la Corte Suprema de Justicia con el objeto que la misma ratifique la inconstitucionalidad decretada por el juez o tribunal, no para que se pronuncie si es o no inconstitucional, que en efecto lo tendrá que hacer (si la ratifica), pero es que el juez o tribunal, ya la ha considerado inconstitucional y por tanto, la ha “inaplicado” en el caso concreto. Lo que la ratificación de la Corte supondrá es que la ley, decreto o reglamento considerado inconstitucional por el juez o tribunal tenga efectos generales, y no particulares -como la declaración del juez o tribunal-. Es resumen, si la Corte Suprema de Justicia ratifica la declaratoria de inconstitucionalidad procederá a declarar su inaplicabilidad (la que implicará la nulidad de la ley, decreto o reglamento). Si la Corte no ratifica la declaratoria, la sentencia dictada por el juez o tribunal inaplicando la ley, decreto o reglamento considerado contrario a la Constitución Política tendrá sus efectos únicamente “inter partes” y la ley, decreto o reglamento seguirá teniendo vigencia y eficacia. Al final, recordemos que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua el monopolio que ostenta no es el de declaratoria de inconstitucionalidad, ya que los jueces y tribunales pueden también hacerlo, sino los efectos que esa sentencia

dictada por la Corte en materia de inconstitucionalidad adquieren, es decir, la eficacia “erga omnes”, “ex nunc” y de aplicabilidad general. Recordemos que la declaratoria de inaplicabilidad que señala la Ley de Amparo debemos entenderla como nulidad.

Por otro lado, debemos de señalar que este es un procedimiento que se caracteriza por no existir litigio, no hay partes, es un procedimiento a lo interno del Poder judicial, el juez o tribunal que ha declarado la inconstitucionalidad de un ley, decreto o reglamento simplemente se limita a enviar una certificación de la sentencia a la Corte Suprema de Justicia en la que ha declarado la inconstitucionalidad para su ratificación o no de lo actuado.

Todo lo antes sostenido, viene a ser reafirmado por la LOPJ (art. 5) que obliga al juez o tribunal a declarar la inconstitucionalidad de una norma contraria a la Constitución Política cuando está conociendo de un caso concreto y considere que de la validez de la norma depende el fallo. También, si una de las partes en litigio alega la inconstitucionalidad de una norma, el juez o tribunal, o como señala la Ley “la Autoridad Judicial”, debe necesariamente pronunciarse sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión.

Así pues, debemos señalar, que tanto la Ley de Amparo como la LOPJ establece que la declaración de la ley, decreto o reglamento no afecta a los derechos adquiridos por virtud de ellas (art. 24 LA). Asimismo, la ratificación o no de la declaración de inconstitucionalidad por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (art. 27 inc. 5 LOPJ) en los casos concretos que conoce un juez o tribunal (Autoridad Judicial en los términos de la LOPJ) según la Ley de Amparo no afecta la cosa juzgada material en dicho caso.

Es importante tener presente que la sentencia de una Autoridad Judicial en la que se declare inconstitucional una norma que se aplica al caso concreto tiene unos efectos de inaplicabilidad (es decir, unos efectos reducidos al caso concreto interpartes) y solamente mediante la ratificación de la Corte Suprema de Justicia puede producir todos los efectos que establece el artículo 20 de la

Ley de Amparo. La ratificación de la Corte Suprema de Justicia es a través del Pleno de la misma (arto. 27 inc. 5 LOPJ).

Los efectos que señala el artículo 18 son: efectos “pro futuro”, es decir, “ex nunc”, “a partir de la sentencia que lo establezca”. Según el artículo 18 se declarará “la inaplicabilidad” de la norma. La Sentencia además produce efectos de “cosa juzgada” de carácter general, es decir, erga omnes (artículo 19 Ley de Amparo). La Sentencia puede además declarar la inconstitucionalidad parcial o total de la norma (artículos 20 y 21 Ley de Amparo), y por último, es muy importante observar lo dispuesto en el artículo 21 LA al establecer que “cuando se recurrió solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos”. Es decir, la Corte Suprema de Justicia puede declarar inconstitucional artículos que expresamente no se han señalados pero que ella considera son inconstitucionales.

Todos los elementos citados en relación a la sentencia que declara inconstitucional todo o parte de una norma nos hace indicar que estamos más cercanos al supuesto de “nulidad” con sus características propias como es la expulsión de la norma del ordenamiento que de la “inaplicabilidad” considerada para un caso en concreto con efectos interpartes y no erga omnes. A todo ello, cabe agregar la redacción constitucional del 182 al señalar que “**no tendrán valor alguno**” refiriéndose a ciertas categorías normativas cuando sean contrarias a las normas constitucionales.

No nos queda más que decir, que la facultad otorgada por la legislación nicaragüense a los jueces y tribunales para declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento cuando conociendo de un caso concreto consideren que la misma es contraria a la Constitución Política, es una herramienta muy poderosa y como tal deben los aplicadores de la justicia en Nicaragua hacer un uso correcto de la misma. Se considera que no se ha abusado de esta facultad por parte de los jueces. La experiencia demuestra que sólo en pocas ocasiones los jueces o tribunales han hecho uso de esta facultad. Quizás porque exista una especie de temor por parte de los jueces o tribunales hacia los Magistrados de la Corte Suprema

de Justicia. Recordemos que si bien la LOPJ establece la carrera judicial³⁶ para acceder a la judicatura, en la actualidad, todavía, son los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia los encargados de seleccionar a los jueces y magistrados que conforman tanto la primera como segunda instancia dentro del Poder Judicial en Nicaragua. Se considera que al ser efectiva la carrera judicial tanto los jueces como los tribunales se sentirán con mayor libertad de hacer uso de este instrumento, que como hemos señalado es una de las vías que el legislador ordinario nicaragüense ha querido establecer para controlar la constitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, además del establecido por el constituyente de 1987 mediante el recurso por inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. AAVV. Comentarios a la Constitución Política. Parte Dogmática. Centro de Derechos Constitucionales. Managua, 1994.
2. AAVV. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua. Hispamer. Managua, 1999.
3. AAVV. “Constitución y Derechos Ciudadanos”. Monográfico de Revista Encuentro. No. 49. 1999.
4. AAVV. Jurisdicción y procesos constitucionales. McGraw Hill. Madrid, 2000.
5. AAVV. La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica. Coords. Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremps. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

36 Existe una Ley de Carrera Judicial. Ley No. 501. La Gaceta Diario Oficial No. 9 de 13 de Enero de 2005. En dicha Ley se crea un Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial integrado por cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Corresponde a este Consejo, entre otras funciones, la selección de Jueces y Magistrados que ingresen al sistema judicial. Ver artículos 4-7 de la Ley de Carrera Judicial.

6. AAVV. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Coord. José Luís Requejo Pagés. Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2001.
7. AAVV. La jurisdicción constitucional en España. La ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.
8. ACOSTA, María Luisa. Régimen legal de la Autonomía de las Regiones de la Costa Caribe nicaragüense. Universidad de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe nicaragüense-Ediarte. Managua, 2004.
9. ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. La Ley en la Constitución nicaragüense. Cedecs-Universidad Autónoma de Nicaragua, León. Barcelona, 1999.
10. AMPIÉ VÍLCHEZ, Mauro. Manual de Derecho Constitucional. CENED-UCA. Managua, 2006.
11. AMUNIC. Compendio jurisprudencia 1990-2006. PNUD. Managua, 2007.
12. BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Amparo frente a leyes (en torno a la sentencia del TC de 18 de Diciembre de 1981)” en Revista de Administración Pública. Núm. 98, 1982. Págs. 167 y ss.
13. BURGOA, Ignacio. El juicio de Amparo. Porrúa. México, 1997.
14. CAPPELLETTI, Mauro. La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado). UNAM. México, 1987.
13. CHAMORRO FLETES, Rafael. “El sistema de control de constitucionalidad en Nicaragua es concreto” en <http://www.elnuevodiario.com.ni/archivo/2001/abril/23-abril2001/opinion>

14. CUARESMA TERÁN, Sergio y MORENO CASTILLO, María Asunción. “La Justicia Constitucional en Nicaragua” en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1997. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
15. ESCOBAR FORNOS, Iván. Derecho procesal constitucional (la Constitución y su defensa). Hispamer. Managua, 1999.
 - Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México, 2005.
 - Derecho procesal constitucional: El Amparo. Hispamer. Managua, 2004.
16. ESCORCIA, Jorge Flavio. Municipalidad y Autonomía Municipal en Nicaragua. Editorial Universitaria UNAN-León. León, 1999.
17. ESGUEVA GÓMEZ, Antonio. Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua. Tomo I. IHNCA-UCA. Managua, 2000.
18. FIZ ZAMUDIO, Héctor. Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1968.
Los tribunales constitucionales y los derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1980.
19. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Temis. Bogotá, Colombia. 2001.
20. GARCÍA PALACIOS, Omar A. Curso de Derecho Constitucional I. Folleto de Educación a Distancia. UCA. Managua, 2006.
Derecho Constitucional I. Folleto de Educación a Distancia. UCA. Managua, 2008.
Curso de Derecho Constitucional. De futura publicación por Grupo Editorial Lea.

El Control de constitucionalidad en España y Nicaragua: significado y alcance. Trabajo de investigación para optar al Grado de Salamanca en el marco del Programa de Doctorado “Temas clave de Derecho Constitucional y Europeo”. Bienio 1999-2001. Salamanca, 2001. Sin Publicación.

- “Justicia Constitucional nicaragüense” en <http://ecentro.uca.edu.ni/pd/omargp>
 - “El control de constitucionalidad en Nicaragua es mixto” en <http://www.tuobra.unam.mx>
 - “Mecanismos de defensa y garantía en la Constitución Política de Nicaragua” en <http://www.tuobra.unam.mx>
 - “Reformas a la Ley de Amparo” en www.elnuevodiario.com.ni de 29 de Enero de 2008 Sección Opinión.
 - “Procesos constitucionales en Nicaragua” en <http://ecentro.uca.edu.ni/pd/omargp>
21. GARCÍA VÍLCHEZ, Julio Ramón. El control de constitucionalidad en Nicaragua. Corte Suprema de Justicia. Managua, 2000.
- Recurso por inconstitucionalidad. Teoría, práctica y jurisprudencia. Lea Editorial. Managua, 2007.
22. GARCÍA VÍLCHEZ, Julio Ramón; y OBREGÓN SÁNCHEZ, Soraya. Manual de Amparo. Teoría, práctica y jurisprudencia. Lea Editorial. Managua, 2004.
23. GERPE LANDÍN, Manuel; y VINTRÓ CASTELLS, Joan. “Aproximación a la reforma constitucional de Nicaragua” en PAPERS. Revista de Sociología. Núm. 49. 1996. Págs. 105-118.
24. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.
25. JIMÉNEZ ALAR, Adonai. El Recurso de Inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense. Monografía de la Maestría en Derecho Público. Universidad Autónoma de

- Barcelona-Universidad Autónoma de Nicaragua-León. León, 1996.
26. MARTÍNEZ, Moisés. “Algunos aspectos del Recurso por Inconstitucionalidad” en Revista Justicia. Núm. 27. Marzo 2003. Págs. 72-78.
27. PÉREZ TREMP, Pablo. “La jurisdicción constitucional en Nicaragua” en AAVV. La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica. Coords. Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremps. Tirant lo blanch. Valencia, 2000. Págs. 207-234.
28. PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Bosch. Barcelona, 1997.
29. RAMOS MENDOZA, Josefina. El recurso por inconstitucionalidad. Coord. Mauro Ampí Vilchez. Tomos I, II, III. Corte Suprema de Justicia-BID. Managua, 2001. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” en www.csj.gob.ni/ponencia%20JRM-web.htm” este trabajo también se encuentra publicado en: “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II Parte” en Revista Justicia. Nos. 20 y 21. Págs. 9-13 y 19-21 respectivamente. Febrero-Abril 2000.
- ROZO ACUÑA, Eduardo. Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2006.
30. SÁNCHEZ CORRALES, Róger Iván. El recurso de amparo en Nicaragua como protección de derecho y libertades constitucionales y algunas realidades comparativas con otros países. Pueblos Fraternos. Valencia, 1997.
31. SILVA PÉREZ, Ada Esperanza; EVERTSZ MORACES, Roberto; VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo; CARDENAL SEVILLA, Bruno. Nicaragua 1995: Un nuevo intento Constitucional (cronología del Proceso de Reforma Constitucional). Centro de Derechos Constitucionales. Managua, 1995.

32. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Habeas Corpus. Recurso de Amparo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1995.
33. TÓRRES PERALTA, William Ernesto. El control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema jurisdiccional nicaragüense. Monografía para optar al título de Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana UCA. Managua, 1998.
34. VALLE PASTORA, Alfonso. Desarrollo histórico de los Derechos Humanos. Managua, 1998.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA ACCIÓN DE HÁBEAS DATA EN PANAMÁ

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO¹

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias. A. Los procesos de reforma constitucional. B. Las reformas constitucionales de 2004. II. El derecho de acceso a la información en la legislación panameña. A. Consideraciones introductorias. B. El reconocimiento vía la ley del derecho de acceso a la información. III. Constitucionalización del derecho de acceso a la información. A. En cuanto al derecho de acceso a la información personal. B. En cuanto al derecho de acceso a la información pública. IV. La constitucionalización de la acción de hábeas data. A. El establecimiento de la acción de hábeas data vía la ley. B. El establecimiento de la acción de hábeas data en la Constitución. IV. A manera de reflexión final.

I. Consideraciones introductorias.

A. Los procesos de reforma constitucional.

La actual **Constitución** de la República de Panamá, denominación oficial de la misma tal y como aparece en su **Preámbulo**, fue aprobada el 11 de octubre de 1972 y, sometida con posterioridad, a diversos procesos de reformas a través de los cuales se ha

¹ El autor fue Secretario General de la Procuraduría General de la Nación y actualmente es Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

ido transformando y adecuándosele a los nuevos contextos jurídico-políticos dentro de los que se han producido dichas modificaciones.

El sustento de lo antes anotado, por lo menos formalmente, se encuentra recogido en la parte final del artículo 328 de la referida **Constitución**, en el que se dispone que:

“328. ...
Dada en la ciudad de Panamá, a los 11 días del mes de octubre de 1972 y reformada por los Actos Reformatorios N°1 y N°2, de 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente, por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983; por los Actos Legislativos N°1 de 1993 y N°2 de 1994; y por el Acto Legislativo N°1 de 2004.”

Ya se trate de reformas constitucionales sustanciales o de poca relevancia, lo cierto es que la **Constitución Política** vigente ha sido objeto de procesos de modificaciones que se ubican dentro de dos contextos políticos radicalmente diferentes entre sí, a saber:

1. El existente entre el 11 de octubre de 1972, fecha de su aprobación y el 20 de diciembre de 1989, día en el que se produce la invasión o intervención armada a nuestro país por parte del ejército de los Estados Unidos de América, período caracterizado por la existencia de un **régimen dictatorial** instaurado como resultado del golpe de Estado de 1968. Durante este lapso se le introducen las reformas concretadas mediante los Actos Reformativos N°1 y N°2, de 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente y las que se le hacen por medio del Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983. En el primer caso, las reformas de 1978, se aprobaron siguiendo el método de reforma previsto en la **Constitución** y para las de 1983 se adoptó un procedimiento no regulado en la misma. Lo característico de esta etapa, en cuanto a lo que disponía

la Constitución es que ésta no tenía mayor fuerza normativa ante la realidad política que imperaba, sobre todo cuando del ejercicio de los derechos fundamentales se trataba.

2. El otro momento se ubica a partir de 1989 hasta la actualidad, al retornarse a la democracia, tiempo durante el cual la **Constitución** ha sido sometida, de forma eficaz, a diversos procesos de **reforma constitucional** y que se han concretado por medio del Acto Legislativo N°1 de 1993, el Acto Legislativo N°2 de 1994 y el Acto Legislativo N°1 de 2004. También en 1992 y 1998 se habían propuesto reformas a la **Constitución** las que, si bien aprobadas en un inicio por la **Asamblea Legislativa** (hoy **Asamblea Nacional**), fueron rechazadas en sendos referéndum. Este otro contexto se caracteriza por la existencia de un **régimen democrático** y que, a su vez, todos los procesos de reforma se han ajustado a lo establecido en la **cláusula de reforma constitucional**. En materia de derechos fundamentales los mecanismos previstos para su tutela jurisdiccional son efectivos aunque quizás no con la eficacia o celeridad que éstos requieren.

B. Las reformas constitucionales de 2004.

El Acto Legislativo N°1 de 2004, implicó una serie de modificaciones tanto en la **parte dogmática** como en la **orgánica** de la **Constitución** así como en la propia **cláusula de reforma constitucional**. En efecto, mediante el referido Acto Legislativo se modificaron diversas normas que regulan **derechos y garantías fundamentales** y, de igual forma, se **reconocieron nuevos derechos fundamentales** como **garantías** para la tutela de éstos.

En lo atinente a la parte **orgánica de la Constitución**, se introdujeron distintos tipos de modificaciones a los **órganos constitucionales**, con los que se pretendió, en ciertos casos, dar respuesta a los cuestionamientos de que eran objeto los mismos por parte de la ciudadanía. Uno de dichos temas lo era, por

ejemplo, el atinente a la **inmunidad parlamentaria**. Ésta fue modificada sustancialmente y fue reemplazada por un mecanismo jurisdiccional, según el cual los miembros de la Asamblea Nacional pueden ser investigados y procesados por la Corte Suprema de Justicia, sin que para ello se requiera autorización de dicha Asamblea. Se dispone, de igual forma, que “la detención preventiva o cualquier medida cautelar será determinada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia”, según lo dispone así el artículo 155 de la Constitución.

En lo que respecta a la **cláusula de reforma constitucional o poder de reforma**, como también se le conoce en la doctrina y por el cual se ejerce el **poder constituyente derivado**, a ésta se le introdujo un tercer método de reforma, consistente en la convocatoria a una **Asamblea Constituyente**.

Por razón de las reformas constitucionales aprobadas por medio del Acto Legislativo N°1 de 2004, se hizo necesario reordenar la numeración de los artículos de la **Constitución**, lo que se concretó con el nombramiento de una **Comisión de Estilo** designada con tal propósito.

II. El derecho de acceso a la información en la legislación panameña.

A. Consideraciones introductorias.

Si algo caracteriza a la democracia como sistema de gobierno es el principio político de la representación popular el cual se basa y complementa, a su vez, con el de la soberanía popular. De acuerdo a uno y otro quienes detentan el poder político del Estado han de tener presente que ejercen un poder que no les pertenece en la medida en que éste tiene como titular al pueblo. Siendo esto así, teniendo clara esta concepción doctrinal es por lo que los gobernantes o autoridades han de rendir cuenta de su gestión al verdadero dueño o titular del poder, puesto que, aún cuando hayan accedido al mismo conforme a

las reglas democráticas de la elección popular, dicho poder político no les pertenece. Son, en todo caso, meros detentadores de algo que tiene como titular a otro.

Esto es lo que explica y da razón de ser a principios como el de **la transparencia**, según el cual, como lo tiene previsto la Ley 6 de 2002, es “deber de la administración pública de exponer y someter al escrutinio de la ciudadanía la información relativa a la gestión pública, al manejo de los recursos que la sociedad le confía, a los criterios que sustentan sus decisiones y a la conducta de los servidores públicos” (numeral 13 del artículo 1 de la citada Ley).

Tan importante principio para el sistema democrático, en cuanto a la **rendición de cuentas** y a la **fiscalización ciudadana** del ejercicio del poder político, con respecto a la actuación de las autoridades, se concreta por medio del **derecho de acceso a la información**.

Dicho **derecho fundamental** consiste en la facultad y posibilidad que tiene toda persona de acceder a la información, ya sea personal y que le concierne como titular de la misma, como a la de carácter público o de libre acceso, que se encuentre en los bancos o bases de datos en los que ésta ha sido recabada, trátase éstos de naturaleza pública o en manos de particulares. Este derecho es consustancial al sistema democrático, de ahí la necesidad e importancia de su reconocimiento.

B. El reconocimiento vía la ley del derecho de acceso a la información.

En Panamá, el **derecho de acceso a la información** se reguló, de forma concreta y sistemática, mediante la Ley 6 de 22 de enero de 2002, por la cual se “dicta normas para la Transparencia en la Gestión Pública”, y “establece la Acción de Hábeas Data”.

Desde luego, no ha de entenderse que antes de esta Ley no existieron otras normas en las que se regulara la posibilidad de acceder a

información, ya sea pública o particular. No obstante, es con ésta, la Ley 6 de 2002, por la cual se le da un tratamiento integral a lo que implica el **derecho de acceso a la información**.

En ese sentido, en el artículo 1 de este texto jurídico se deja establecido qué se ha de entender por **derecho de libertad de información**, qué se entiende por **información**, así como por **información confidencial, información de acceso libre y la de acceso restringido**.

Al regular el **derecho de acceso a la información de acceso público**, lo hace señalando lo siguiente:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones indicadas en la presente Ley.

Las empresas privadas que suministren servicios públicos con carácter de exclusividad, están obligadas a proporcionar la información que les sea solicitada por los usuarios del servicio, respectivo de éste”.

Como se observa, se reconoce el **derecho de acceso a la información de carácter público o de acceso libre**, sin que al proceder a su requerimiento deba darse explicación, justificación o motivación alguna. Esto encuentra sustento, ya que desde el momento que se exija que la persona que solicita una información de acceso libre o público deba justificar o motivar la razón por la cual requiere ésta, va a existir la posibilidad que se considere por parte de su custodio que no se está ante una justificación suficiente como para suministrar la información, con la consiguiente negativa de facilitar su acceso.

Con relación a esta modalidad del **derecho de acceso a la información** impera el **principio de publicidad**, según el cual,

“toda información que emana de la administración pública es de carácter público, por la cual el Estado deberá garantizar una organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación, a través de los distintos medios de comunicación social y/o de Internet”, tal y como se deja consignado en el numeral 11 del artículo 1 de la referida Ley.

En lo que respecta a la **información personal**, la Ley 6 de 2002, dispone que:

“Artículo 3. Toda persona tiene derecho a obtener su información personal contenida en archivo, registros o expedientes que mantengan las instituciones del Estado y a corregir o eliminar información que sea incorrecta, irrelevante, incompleta o desfasada, a través de los mecanismos pertinentes”.

Con relación a este otro tipo de información, a diferencia de la de **libre acceso o de carácter público**, a la misma sólo puede acceder la persona titular de la información que requiere, al tratarse ésta de información de **carácter personal** y que atañe únicamente a su titular. Explicado de otra forma, no cualquier persona puede solicitar y obtener información catalogada de personal, pues a ésta sólo le estará permitido accederla **la persona titular de dicha información**.

Esta es una información que se considera **confidencial**, con relación a la cual impera el **principio de privacidad o confidencialidad**, por lo que “no podrá ser divulgada, bajo ninguna circunstancia, por agentes del Estado”, tal y como lo tiene previsto el artículo 13 de la Ley 6 de 2002.

En fin, como se deduce de lo antes expuesto, el **derecho de acceso a la información**, tanto en su modalidad de **información de**

libre acceso o de carácter público, como la de **índole personal**, se reconoció a través de la Ley 6 de 2002, lo que implica, como se sostiene en la doctrina constitucional, que tal texto jurídico, al regular un **derecho fundamental** como lo es el de **acceso a la información**, constituye una norma de **derecho constitucional en sentido material**.

Con posterioridad, el constituyente terminaría constitucionalizando, formalmente, tan importante derecho fundamental.

III. Constitucionalización del derecho de acceso a la información.

Las reformas constitucionales del 2004, han venido a representar un gran avance en materia de reconocimiento del **derecho de acceso a la información**. Ello porque no sólo se le reguló sino por la forma como se le configuró.

Planteado esto, veamos en concreto lo atinente al reconocimiento del derecho de acceso a la información.

A. En cuanto al derecho de acceso a la información personal.

Con relación a esta modalidad del **derecho de acceso a la información** se deja previsto en el artículo 42 de la **Constitución** que:

“Artículo 42. Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley”.

De la disposición constitucional transcrita se infiere, de forma clara, que se reconoce el **derecho de acceso a la información personal**, ya sea que ésta se encuentre en **base de datos o registros públicos o privados**, puesto que en un caso como en el otro la persona tendrá derecho, de haberse recabado información sobre su persona y que se encuentre en una base de datos o registros públicos o que la misma esté en una base de datos o registro privado, **derecho a acceder a la información** que tenga que ver con ella por ser su titular. Este es el **derecho fundamental** que se le reconoce y que puede hacer valer para requerir su información personal, esté ésta en una base de datos de carácter pública o particular.

Ello significa, y esto es lo relevante, que el derecho de **acceso a la información personal** se puede exigir y ejercer con **respecto a particulares** y no solamente **frente a servidores públicos**. Es, junto con el **derecho de acceso a la información de carácter público**, como se verá, **el derecho fundamental** que de forma precisa se establece y se reconoce que puede hacerse valer ante particulares, cuando éstos sean los custodios o titulares de la base de datos o registros en los que se haya recabado **información de índole personal**.

El ejercicio de este derecho permite, de igual forma, que se pueda solicitar o requerir **la rectificación, protección** como su **supresión**, según sea el caso, de aquella información que, habiéndose recabado de la persona que ha solicitado su acceso y ser su titular, a que se proceda de acuerdo a alguno de dichos supuestos, de

considerar que el dato o información no guarda relación con ella, es incorrecta o inadecuada, no está actualizada o a que se proteja la confidencialidad de la misma.

Se deja establecido, finalmente, que esta información, por su propia naturaleza, sólo podrá ser recabada para fines específicos **mediando el consentimiento de su titular** o exceptuándose dicho consentimiento cuando **sea una autoridad facultada** para ello, quien la pueda recabar.

B. En cuanto al derecho de acceso a la información pública.

Esta otra modalidad del derecho de **acceso a la información** está regulada en el artículo 43 de la **Constitución**, en el que se deja establecido que:

“Artículo 43. Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación”.

Como se puede observar, a igual que el **derecho de acceso a la información personal**, el de la **información de acceso público** también se puede hacer valer con respecto a los particulares cuando estos últimos presten servicios públicos. Cabe resaltar, además, que la información que se podrá solicitar en ejercicio de este derecho es la de acceso público o de interés colectivo, lo que significa que en aquellos supuestos en los que la información trate de un tema o materia que involucra un interés colectivo, como lo sería, por ejemplo, del área de la salud, la misma debe

ser suministrada independientemente que esté en custodia de un servidor público o de un particular que preste un servicio público.

Lo importante, en todo caso, es que con respecto a este tipo de información siempre **debe presumirse su carácter de acceso libre o público**, al imperar con relación a ella el **principio de publicidad**, salvo que “ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley”, como lo deja previsto el artículo 43 de la **Constitución**. Esto lo que significa, dicho en otras palabras, que quien niegue la información que se considera pública o de interés colectivo por parte de quien la requiera, deberá sustentar o justificar el por qué de su negativa a suministrar la información solicitada, debiendo estar autorizado, en todo caso, por la Ley para tal proceder.

Con relación a esto último, en el artículo 16 de la Ley 6 de 2002, se dispone que, “las instituciones del Estado que nieguen el otorgamiento de una información por considerarla de carácter confidencial o de acceso restringido, deberán hacerlo a través de resolución motivada, estableciendo las razones en que fundamentan la negación y que se sustenta en esta Ley”. Por tanto, no se trata que con una simple negativa o que con la sola calificación del funcionario custodio de la información requerida, en el sentido que se trata de una información, ya sea de índole confidencial o de acceso restringido para que se entienda que con ello no se esté obligado a permitir el acceso o a suministrar lo solicitado, pues se deberá emitir una resolución en la que se sustente dicha negativa a dar la información de que se trate, lo que deberá tener fundamento en la Ley 6 de 2002.

De no existir la resolución respectiva o si emitida ésta, no se justifican las razones por las cuales no se suministra la información solicitada, o no encontrando, tal negativa, asidero en la Ley, deberá permitirse el acceso a la misma o, en todo caso, ésta deberá ser concedida.

IV. La constitucionalización de la acción de hábeas data.

A. El establecimiento de la acción de hábeas data vía la ley.

En nuestro país, antes de la constitucionalización de la **acción de hábeas data**, ésta ya se había regulado mediante la Ley N°6 de 22 de febrero de 2002, al disponerse en el artículo 17 de este texto legal que:

“Artículo 17. Toda persona estará legitimada para promover acción de Hábeas Data, con miras a garantizar el derecho de acceso a la información previsto en esta Ley, cuando el funcionario público titular o responsable del registro, archivo o banco de datos, en el que se encuentra la información o dato personal reclamado, no le haya suministrado lo solicitado o si suministrado lo requerido se haya hecho de manera insuficiente o en forma inexacta.”

Como se ve, en el citado precepto de la Ley 6 de 2002, además de reconocerse **esta acción de tutela del derecho de acceso a la información** se establecen los supuestos en los que la misma procede. Lo importante, en todo caso, es que **el legislador ordinario** se adelantó al **constituyente**, toda vez que en ejercicio de su función legislativa incorporó a nuestro **sistema de justicia constitucional la acción de hábeas data**.

Conforme el artículo 17 de la Ley 6 de 2002, esta acción se puede promover cuando ante la solicitud de la información requerida, ya sea que se trate la de índole personal o la de carácter público o de libre acceso, la misma no se haya suministrado o si habiéndose suministrado ello se haya hecho de manera insuficiente o en forma inexacta.

En todo caso, lo que se procuró mediante la Ley 6 de 2002, fue que, a la vez que se reconocía el **derecho de acceso a la información**, fue establecer también el **mecanismo jurisdiccional de tutela** a dicho derecho fundamental.

B. El establecimiento de la acción de hábeas data en la Constitución.

Una de las **reformas constitucionales** de gran importancia, por el significado que tiene para el perfeccionamiento del **Estado constitucional** panameño, lo ha venido a representar la **constitucionalización de la acción de hábeas data**. En efecto, a través del Acto Legislativo N° 1 de 2004 se reguló en la **Constitución** dicho mecanismo de **protección del derecho fundamental de acceso a la información** en su dos modalidades, el de acceso a la **información de índole personal o confidencial** y la de **carácter público**, derechos que también, como se dejó consignado, se reconocieron mediante tales reformas constitucionales de 2004, y a los que ya nos hemos referido.

En lo que respecta a las notas relevantes de esta acción se observan las siguientes:

Como se indicó, dicha acción constituye un **mecanismo de tutela o protección** jurisdiccional del **derecho de acceso a la información** en sus dos modalidades. Con ello se vino a regular tanto el **hábeas data propio como el impropio**, tal y como se les conoce en la doctrina sobre la materia.

En lo atinente al **hábeas data propio**, se dispone en el artículo 44 de la **Constitución** que “toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información”. Lo significativo de la forma como ha sido regulada

esta acción, como queda plasmado, es que no sólo se le reconoce como tal, es decir, como **mecanismo de protección del derecho de acceso a la información personal**, sino que además esta acción se podrá **promover contra particulares** y no solamente cuando sean los **servidores públicos** los que menoscaben el derecho de acceso a la información. Con ello se supera la concepción tradicional de considerar que los únicos infractores de **los derechos fundamentales** pueden ser las autoridades estatales.

El **hábeas data impropio** se establece en el mismo precepto constitucional, es decir, el artículo 44 de la **Constitución**, al quedar previsto que “esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución”. Lo que significa que, de la misma manera como la **acción de hábeas data propio** se puede promover contra actuaciones de **particulares**, en el caso del **hábeas data impropio** también se podrá hacer efectivo cuando la infracción del **derecho de acceso a la información pública la ha cometido un particular**. Esto es así al disponerse en el artículo 43 de la **Constitución** que “toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en base de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos”, a lo cual ya nos referimos en su oportunidad.

Otro aspecto de gran relevancia es lo que se podrá requerir, vía la **acción de hábeas data, cuando de información personal o confidencial** se trate. Se consigna, en ese sentido, en el artículo 44 de la **Constitución** que, “mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal”. Ello es importante en la medida en que no tendría sentido acceder a la información personal por razón de haberse promovido una **acción de hábeas data** si, una vez logrado

el acceso y tener conocimiento de dicha información, ésta no pudiera ser **corregida, actualizada, rectificada, suprimida o requerir** que se mantenga en **confidencialidad** según sea el caso.

Se deja previsto en el artículo 44 de la **Constitución**, finalmente, que “la Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial.”

Como se puede apreciar, el constituyente, al constitucionalizar **la acción de hábeas data**, lo hizo dejando consignado que para promover dicha acción no se requiere de apoderado judicial, lo que ha de permitir **un mayor acceso a la tutela judicial efectiva**, cuando de la protección del derecho de acceso a la información se trate, en cualquiera de sus dos modalidades.

De lo expuesto se deduce que el constituyente, a través de las reformas constitucionales de 2004, no sólo reguló el **derecho de acceso a la información** sino que, además, lo dotó del **mecanismo de tutela jurisdiccional**, por medio del cual protegerlo de forma efectiva, cuando se haya infringido, desconocido o menoscabo el mismo.

IV. A manera de reflexión final.

No cabe duda que siempre será de gran relevancia reconocer nuevos **derechos fundamentales**. Con ello se amplía el marco de acción de cada individuo que ha de quedar amparado dentro de la esfera del derecho así reconocido. Sin embargo, esto por sí solo no es suficiente, de ahí la necesidad de establecer los **mecanismos** con los que se han de **proteger los derechos fundamentales** regulados o reconocidos cuando éstos terminen siendo infringidos o vulnerados, ya sea por un servidor público o por un particular.

Dentro de esta concepción es en la que se ubica **la constitucionalización**, tanto del **derecho de acceso a la**

información como del **hábeas data** en nuestro país, vía las reformas constitucionales de 2004. Con la regulación de dicho derecho fundamental, así como de su **garantía constitucional de carácter jurisdiccional** se moderniza el **derecho procesal constitucional** y se termina fortaleciendo nuestro **Estado constitucional de Derecho** en Panamá, en materia de establecimiento y protección de los derechos fundamentales.

Esto es así, en la medida en que, a las otras acciones jurisdiccionales de defensa de los derechos fundamentales ya previstas en nuestra Constitución, en este caso la de **hábeas corpus** y la **acción de amparo**, se le suma la de **hábeas data**, la que ha de permitir poder contar con un mecanismo idóneo para la tutela de un derecho tan relevante y lleno de significados para el sistema democrático de gobierno como es el **derecho de acceso a la información**.

LA NECESIDAD DE UNA LEY DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA

EDWIN CASTRO RIVERA¹

MARGINE CALDERÓN MARENCO²

SUMARIO: 1) Introducción.- 2) Generalidades de la Ley de Amparo.- 3) Recurso por Inconstitucionalidad de las Leyes.- 4) Recurso de Amparo.- 5) Recurso de Habeas Corpus.- 6) Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión.- 7) Recurso de quejas por actuaciones jurisdiccionales. - 8) Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los poderes del Estado.- 9) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales.- 10) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y las regiones autónomas de la Costa Atlántica.- 11) Recurso de Habeas Data. 12) Consideraciones finales.

1) Introducción.-

Lo relacionado a la Justicia Constitucional Nicaragüense se encuentra disperso en nuestra Constitución Política. En la

1 Diputado ante la Asamblea Nacional. Coordinador de Bancada del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN). Miembro Fundador y Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Ingeniero Civil en FUNDACAO Universidade do Rio Grande, de Brasil, realizó un Postgrado de Dirección Económica Empresarial en el Instituto Superior de Dirección Economía (ISDE), en La Habana, Cuba, y una Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales en la Universidad Centroamérica (UCA). E el campo laboral, durante doce años desempeñó los cargos de Gerente General del Instituto General de Pesca (INPESCA), Pesqueros Industriales Centroamericanos, S.A. (PICSA), PESCASA en Bluefields y Empresa Metal Mecánica, S.A. en Managua. Ha sido también supervisor y constructor civil.

2 Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Centroamericana UCA, Managua.

actualidad en la Ley de Amparo³ únicamente se encuentran regulados los siguientes; El recursos por inconstitucionalidad de las leyes, el recurso de amparo, el recurso de exhibición personal, y el recurso conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, este último de reciente incorporación a la Ley de Amparo. Los recursos de conflictos de competencias y constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, el recurso de habeas data, el recurso de inconstitucionalidad por omisión, así como el de quejas entre los poderes de estado, se encuentran pendientes. Falta un mejor desarrollo procedimental en el recurso de amparo por omisión, en el recurso de amparo ante resoluciones y sentencias judiciales tomadas fuera de competencia que lesionen derechos fundamentales.

Nuestra actual ley de Amparo data de 1988, como producto de los acuerdos de paz de Esquipulas (I y II), y ya solo el tiempo y el cambio de situación política darían suficiente razón para su reforma y nuevo enfoque; pero si a ello le adicionamos los recursos que tienen su origen en normas constitucionales, y que buscan preservar su supremacía normativa, y no están desarrollados en ley alguna, es necesario una nueva ley. Adicional a ello se ha creado una costumbre que llamaríamos “amparista”, y en sentido correcto sería positivo, pero por ella se usan denominaciones de discutible certeza: a los recursos de exhibición personal se les denominado amparos penales; a los recursos por inconstitucionalidad, amparos por inconstitucionalidad; y a los recursos de amparo como tal, amparos administrativos lo que ha dado en el pasado por excluir otros amparos que no sean exclusivamente administrativistas.

Se es necesaria la aprobación de una ley con rango constitucional, que podría llegar a nombrarse *Ley de Justicia Constitucional Nicaragüense*, que venga a desarrollar legalmente los recursos

3 Ley de Rango Constitucional según lo establece el Arto. 184 Cn. Ley No. 49, publicada en La Gaceta No. 241, del 20 de diciembre de 1988.

no regulados, y mejorar los ya planteados en la Ley de Amparo, de conformidad con la amplitud de competencias dada por la Constitución Política de Nicaragua de 1987 y sus posteriores reformas. Esta ley propuesta, que vendría a reemplazar, y diríamos a ampliar a la actual Ley de Amparo, debe ser una ley de carácter sustantiva, procedimental y procesal; que prevalezca su condición garantista, y por ello de fácil acceso y uso por la población en general y no materia exclusiva de los estudiosos del derecho.

Todo con el Objeto del perfeccionamiento del Estado de Derecho y la mejor protección de los derechos constitucionales, esta ley tendría como finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo,⁴

2) Generalidades de la Ley de Amparo.-

Comenzaremos nuestro análisis con el estudio de Ley de Amparo, y los recursos establecidos en la misma, dicha ley ha sido reformada por la Ley 205 publicada en La Tribuna del 30 de noviembre de 1995, que reformó los artículos. 6 y 51 de la Ley de Amparo, previendo que no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia se alegue la existencia de vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación.

También la reforma estableció que contra las resoluciones dictadas en materia electoral no procede el Recurso de Amparo.

La Ley de Amparo vigente es la octava Ley de Amparo en la Historia Nicaragüense. La primera data de 1894; la segunda, de 1911; la tercera, de 1939; la cuarta, de 1948; la quinta, de 1950; la sexta, de 1974, y la séptima, de 1980. Dichas leyes, en general, han

4 Artículo 1, del Código Procesal Constitucional de la República del Perú.

coincido con el año en el que se han aprobado las constituciones de nuestra historia.

Dicha ley establece la regulación de cuarto recursos, los cuales definimos al inicio de nuestro estudio: el recurso por inconstitucionalidad de las leyes, el recurso de amparo, el recurso de exhibición personal, y el recurso conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado.

3) Recurso por Inconstitucionalidad

3.a) Recurso por inconstitucionalidad de las Leyes.-

El nombre del recurso debería de ser recurso por inconstitucionalidad de las normas jurídicas, no únicamente de las leyes. Está regulado por la Ley de Amparo Nicaragüense, puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos ya sea de manera personal o por apoderado especialmente facultado para ello. En este caso, el poder deberá ser otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua. Cuando una ley, decreto o reglamento, y en general cuando cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución se oponga a lo prescrito en ella, el recurso de inconstitucionalidad no procede contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia se alegue la existencia de vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación.

Se recurre en contra de quien lo emitió, quien conoce y resuelve es el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Se interpone dentro de 60 días, después de su entrada en vigencia, por escrito, en papel sellado de Ley, dirigido a la CSJ; se presenta en la Secretaría de la Sala Constitucional, copias suficientes en papel común, una a la Procuraduría y otra al funcionario recurrido.

En caso de omisiones, la Corte Suprema de Justicia concederá al recurrente un plazo de cinco días para que llene éstas, de forma que se anotaren en el escrito de interposición del recurso. Si el recurrente

deja pasar ese plazo, el recurso se tendrá por no interpuesto. En concordancia con lo anterior, el artículo 15 dispone que una vez admitido, la CSJ pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá rendirlo dentro de quince días de recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien.

El artículo 17 establece que “Transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuera el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría para que dictamine el recurso. Pasado este término, con el dictamen o sin él, la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada”. La sentencia que resuelva el recurso producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales.

La ley constitucional dispone que cuando se recurra solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio, específicamente sobre el resto de los mismos.

3.b) Recurso por inconstitucionalidad en caso concreto.

En lo referente a la Inconstitucionalidad en casos concretos el artículo 20 de la Ley de amparo estima que: “El recurrente de Casación o de Amparo puede alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado. Si resultare ser cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento aplicado.

Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el

funcionario judicial o tribunal en su caso deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si ésta ratifica la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la presente ley.

4) Recurso de Amparo.

Regulado en la Ley de Amparo. Este sólo puede interponerse por parte agraviada, y procede contra toda acción u omisión de autoridad o agentes de autoridad que lesionen o transgredan los derechos y garantías consagrados en la Constitución.

En el ámbito protector del Amparo se incluyen así las lesiones y omisiones como la amenaza y perpetración de la lesión de un derecho reconocido constitucionalmente. El recurso se interpone ante el Tribunal de Apelaciones de la circunscripción correspondiente o ante la Sala Civil del mismo, en el caso que se encuentre dividido en Salas.

Entre los legitimados para recurrir de amparo están las personas naturales y las jurídicas, los nacionales y los extranjeros. El Tribunal de Apelaciones revisa si el recurso llena los requisitos establecidos en la ley, y en caso de detectar omisiones manda a llenarlas, concediendo un plazo de cinco días. Si las omisiones no fueron llenadas el recurso se tendrá como no interpuesto.

El Tribunal de Apelaciones conoce del recurso hasta la suspensión del acto, inclusive. Mandará a las partes a personarse dentro del término de tres días hábiles ante la Corte Suprema de Justicia. Si las partes no se personan, el recurso será declarado desierto. El Recurso de Amparo se interpondrá dentro del término de treinta días, que se contarán desde que se haya notificado o comunicado legalmente al agraviado, la disposición, acto o resolución. En todo caso, este término se aumentará en razón de la distancia. También podrá interponerse el recurso desde que la acción u omisión haya llegado a su conocimiento.

La sentencia que concede el Amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de los derechos transgredidos, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de la trasgresión; Cuando el acto o actos reclamados sean de carácter negativo, el efecto del Amparo será obligar a las autoridades o funcionarios responsables a que actúen en el sentido de respetar la ley o garantía de que se trate, y a cumplir por su parte lo que la misma exija.

La Corte Suprema de Justicia debe dictar sentencia dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la recepción de las diligencias.

En el caso que fuese un recurso de amparo por omisión debe dejarse con claridad que no cabe la figura de suspensión del acto. Pues el acto es inexistente, y es el motivador del recurso.

También debe desarrollarse el recurso contra resoluciones y sentencias de órganos jurisdiccionales cuando éstos actúen fuera de su competencia, y dicho acto derive en violación a derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política.

5) Recurso de Habeas Corpus. -

La Ley de Amparo autoriza para interponer este recurso a cualquier habitante de la República, ya sea por escrito, carta, telegrama o verbalmente. Este recurso es, sin duda alguna, de los tres recursos establecidos en la Ley de Amparo el que menos requiere de solemnidad para su interposición, ya que la misma ley establece que puede ser hasta de forma verbal.

Éste podrá interponerse: en contra del funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución que ordene la violación o la cometa; en contra del agente ejecutor; en contra de todos los anteriores; en contra del particular que restrinja la libertad personal.

En el caso de detención ilegal, se interpone ante el Tribunal de Apelaciones respectivo o ante la Sala Penal de los mismos, donde estuviere dividido en Salas. En el caso de actos restrictivos de la libertad realizados por particulares, la autoridad competente son los jueces de Distrito para lo Criminal respectivos. Podrá interponer en cualquier tiempo, aun en Estado de Emergencia, mientras subsista la privación ilegal de la libertad personal o amenaza de la misma. Todos los días y horas son hábiles para este fin.

Introducida en forma la petición ante el Tribunal de la jurisdicción donde se encuentre el favorecido por el recurso, el Tribunal decretará la Exhibición Personal y nombrará Juez Ejecutor, que podrá ser cualquier autoridad o empleado del orden civil, o un ciudadano, de preferencia abogado, de notoria honradez e instrucción, procurando que el nombramiento no recaiga en funcionarios del Poder Judicial. También dicho recurso podrá ser interpuesto en caso de amenaza de detención, expresando en qué consiste la amenaza, debiendo en todo caso ser real, inmediata, posible y realizable.

Introducido en forma el Recurso de Exhibición Personal, el Tribunal solicitará a la autoridad en contra de quien se dirige el recurso que rinda informe en el término de veinticuatro horas; con dicho informe o sin él, el Tribunal decidirá admitir o rechazar dicho recurso. En caso de que lo admitiere se deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en el caso del recurso interpuesto ante detención ilegal en lo que fuere aplicable.

6) Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión.

Este recurso no está desarrollado por la actual Ley de Amparo, este recurso debería de ser regulado y podría ser interpuesto por cualquier ciudadano, ante el incumplimiento o lentitud de la Asamblea Nacional de Nicaragua de elaborar una ley que haya sido mandado por la Constitución Política y la ausencia de dicha ley causa perjuicio al mismo.

... “Una Modalidad de control de constitucionalidad que tiene por finalidad lograr la efectiva actuación de la conducta de algunos de los poderes públicos constituidos con competencia para producir normas delegadas a ellos por la ley máxima, toda vez que por su inacción generen una situación contraria con sus mandatos. Detentan la legitimación activa para acudir a este recurso procesal desde un individuo que acredite la relación causal entre la omisión y la situación violatoria producida por esta (ya sea a raíz de la lesión de un interés simple, legítimo o difuso o bien de un derecho subjetivo; situación que determinara la aplicación de un remedio de tenor diverso en cada caso o generara las virtualidades propias del mismo”.⁵

Este recurso deberá interponerse contra el titular del órgano legislativo en representación de todo el órgano legislativo. Se interpone por escrito, en papel sellado de Ley, dirigido a la CSJ; se presenta en la Secretaría de la Sala Constitucional, copias suficientes en papel común, una a la Procuraduría y otra al funcionario recurrido. Esto deberá realizarse por escrito en papel legal. En dicho escrito deberá decirse con claridad cuál es el artículo de la Constitución que ordena la creación de la norma jurídica, y la omisión de la misma en que perjudica al recurrente.⁶

Interpuesto en forma el Recurso de Inconstitucionalidad por omisión, la Corte Suprema de Justicia se pronunciará dentro de quince días sobre la admisibilidad del mismo, rechazándolo de plano o mandando seguir el procedimiento. En concordancia con lo anterior, una vez admitido, la CSJ pedirá informe al

5 María Lujan López, Inconstitucionalidad por omisión y su aplicación por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires: Caso Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires/Amparo, Derecho Constitucional para el siglo XX, Javier Pérez Royo y otros – 2006, Editorial Aranzadi, S.A.

6 Esto es una propuesta de los autores, quienes consideran necesario llenar ese vacío jurídico, que deja desprotegido a los ciudadanos ante una actuación no diligente del órgano legislativo.

funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá rendirlo dentro de quince días de recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien.

Si por cualquier circunstancia, la Corte Suprema necesitare datos que no aparezcan en el proceso para resolver el recurso, dictará las providencias que estime necesarias para obtenerlos, dándole intervención al recurrente, al funcionario y a la Procuraduría General de Justicia. Transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuera el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría para que dictamine el recurso. Pasado este término, con el dictamen o sin él, el pleno de la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión tendrá por efecto a partir de la sentencia que lo establezca. La Corte Suprema de Justicia, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás poderes del Estado para su conocimiento, y la mandará publicar en La Gaceta, Diario Oficial. En este sentido, la sentencia obligará al órgano legislativo a iniciar a lo inmediato todo el proceso de formación de la ley demandada, el que tendrá un período no mayor de noventa días para su aprobación.

7) Recurso de Quejas por actuaciones jurisdiccionales.

Se debe establecer todo un procedimiento de justicia constitucional para que las personas, naturales o jurídicas, puedan recurrir ante actuaciones indebidas de los órganos jurisdiccionales que les lesionen sus derechos y al debido proceso judicial como o establecen los artículos 33, 34 y 35 de nuestra Constitución Política; además de actuaciones de retardación de justicia, pues justicia tardía no es justicia.

8) Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los poderes del Estado.

Por el vacío que existía en la Ley de Amparo que no permitía sustanciar de manera correcta los conflictos de competencia y constitucionalidad, que de forma recurrente se habían presentado en la vida institucional de Nicaragua, ya que a falta de un procedimiento propio para sustanciar este tipo de recursos, se utilizaba las regulaciones del Recurso de Amparo, confundiendo el acto legislativo, cuyo trámite, está previsto en la Constitución Política, como proceso de formación de la ley y que está atribuido a la Asamblea Nacional, como Poder que ejerce la función Legislativa del Estado, con los actos administrativos, que son los actos dictados por autoridades que ejercen la función administrativa del Estado y que esta atribuido fundamentalmente al Poder Ejecutivo.

Este recurso fue aprobado en el año 2008, a través de una reformas que se le realizo a la ley de Amparo, resultaba determinante por la necesidad de dar solución a los conflictos entre los Poderes del Estado, en el propone una reforma que pretenda un modelo de justicia que garantice la Supremacía de la Constitución en todos los aspectos, siendo un avance en la institucionalización de país pudiéndose encontrar la misma un cause legal para poder solventar los problemas de competencias constitucionales, regulada en el artículo 163 Inc. 12 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, en este se regula todo lo concerniente a conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado, por tal motivo se desarrolla en esta reforma a la Ley de Amparo, las Competencias y Atribuciones Constitucionales entre los Poderes del Estado.

Dicha reforma dio fortalecimiento y la estabilidad al país, superando toda la confrontación y obliga a desarrollar todo tipo de esfuerzo para hacer posible la gobernabilidad del país.

9) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales.

Este recurso entre el gobierno central y los municipios no está desarrollado por la actual Ley de Amparo, por lo cual se hace necesario su desarrollo ya que la Constitución Política de Nicaragua en su artículo 164, le desarrolla atribuciones al Poder Judicial.⁷

Otro aspecto a tomar en cuenta es que cuando se habla de gobierno central, se está refiriendo no solo al Presidente de la Republica, sino a todo lo que constituye el Poder Ejecutivo, que incluye Ministerios de Estado, entes autónomos, entes descentralizados, etc.

En todos los casos se debe establecer un mismo procedimiento, el cual debe ser obligatoriamente expedito, porque este tipo de conflictos entre la Administración Pública a diferencia de los conflictos entre los particulares y el estado, afecta el orden público, los intereses de la comunidad; y la prolongación del mismo puede conllevar a la paralización de la Administración Pública, cuyas principales victimas es el colectivo de habitantes del municipio.

En la interposición del recurso se debe considerar:⁸

7 Entre la cuales se encuentran el conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios, o entre éstos y los organismos del gobierno central. Conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica.

8 Esto es una propuesta de los autores, quienes consideran necesario llenar ese vacío jurídico. Para los efectos d la interposición deberían de interponerlo el Alcaldes, quien es el representante legal del municipio, pero la interposición del mismo debe ser aprobada por el Consejo Municipal, máxima autoridad normativa del gobierno local. El recurso debe interponerse ante la sala constitucional de la CSJ, y debe ser resuelto por esta, El escrito de interposición del recurso debe de incluir: El nombre del funcionario u órgano contra quien se dirige el recurso. Relación del acto o actos que originaron el conflicto. Solicitud de suspensión del acto, de ser necesario o de ejecución de un acto, si se trata de la omisión de un acto que está causando perjuicio. Efectos negativos que está causando el conflicto en el municipio. Fundamentación jurídica del recurso, especificando normas violadas. Debe ir acompañada de la certificación de la resolución del Consejo Municipal, donde se aprueba la interposición del recurso por parte del Alcalde Los efectos de la

10) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y las regiones autónomas de la Costa Atlántica.-

Este debe ser un recurso en condiciones de similitud con el anteriormente analizado, con la salvedad muy importante que el conflicto de competencias y constitucionalidad se da enmarcado en la Autonomía de los pueblos originarios de la Costa Atlántica de Nicaragua y su relación con el gobierno nacional.

La autoridad de la región autónoma que le corresponde recurrir es el Consejo Regional Autónomo, y el recurso deberá ser ante la Corte Suprema de Justicia, la que deberá resolver con la extrema diligencia, que no vaya a ocasionar trastornos a la Administración Pública en dichas Regiones, ni a sus comunidades.

11) Recurso de Habeas Data

El recurso de Habeas data , se encuentra en la actualidad en proceso de aprobación por la Asamblea Nacional de Nicaragua, con el se pretende la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, ya sea que estén almacenados en ficheros de datos públicos o privados, automatizados o no garantizándole al ciudadano sus derechos constitucionales establecidos en el Artículo 26, de la Constitución Política de Nicaragua, al mismo tiempo esta ley, pretende regular y facilitar los procesos legales y administrativos, para que el ciudadano pueda protegerse frente al tratamiento de sus datos. Existen una serie de razones por las cuales se hace necesaria la aprobación de dio recurso en una reforma una vez más a la llamada ley de Amparo, entre las cuales se encuentran:

La creciente dependencia de las tecnologías de la comunicación y la información someten a la persona a nuevos y evidentes peligros. No se trata, por supuesto, de detener el desarrollo de una sociedad

donde el flujo de informaciones es una promesa de una democracia más participativa, sino de brindar los resguardos necesarios para que ese flujo de informaciones transcurra en el marco del Estado de Derecho.

El actual contexto de desarrollo de la sociedad de la información propone circunstancias en las que es necesario repensar el contenido del derecho a la intimidad y a la privacidad, en virtud de los cambios vertiginosos de las tecnologías de la comunicación y de la información y de las necesidades de protección que las personas tienen frente a nuevos y sutiles peligros de abuso de estas tecnologías, que permiten hoy, de manera ineluctable, la conformación de perfiles de las personas, y un seguimiento constante de sus actividades, deseos y aspiraciones, en una verdadera conquista de la vida interior del ciudadano a través de las tecnologías.

12) Consideraciones finales.

En todo este escrito hemos mantenido el mismo operador jurisdiccional que establece nuestra Constitución Política, que es la Corte Suprema de Justicia, ya que su objeto de análisis principal no es evaluar al operador y si los recursos de justicia constitucionales.

Con todos estos planteamientos se hace necesaria la aprobación de una Ley de Justicia Constitucional, que reafirme que la Constitución Política es norma aplicable y demandable, por lo tanto es derecho procesal, además de sustantivo, lo que hace pensar en una nueva discusión para reflexionar cuales serían su órganos de aplicación jurisdiccional: ¿Por qué no pensar en un Tribunal Constitucional en Nicaragua, que venga a resolver todos estos recursos aquí expuestos?

Sería para el sistema Jurídico Nicaragüense y para el fortalecimiento del Estado Social de Derecho, la creación de un

órgano especializado que tuviese encomendada la función de ejercer la jurisdicción constitucional, los Tribunales Constitucional son órganos de naturaleza jurisdiccional con gran preponderancia en casi todos los países europeos, asiáticos, africanos e inclusive latinoamericanos.

Su trascendencia en el derecho constitucional ha llevado a la mayoría de los doctrinarios modernos a afirmar que no se puede concebir hoy en día un sistema constitucional que no le reserve un lugar a esta institución.

Bien lo señala Javier Pérez Royo, los tribunales constitucionales “son una institución vigorosa que no solo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez mas importante en el estado constitucional democrático”⁹

Es indiscutible que la creación de Tribunal Constitucional en nuestro país implicaría una innovación difícil y radical en el sistema jurídico, pero dicha institución es única en la historia y principal órgano de defensa de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales de las personas un órgano de defensa de la democracia así como de los tema de separación de poderes y los principios y valores del Estado Constitucional.

9 PERES ROYO, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, /7ma ed, 2000, paginas 922-923

**SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS
Y EL DERECHO
CENTROAMERICANO
DE INTEGRACIÓN.**

ESTATUS JURIDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO PANAMEÑO LUEGO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2004

POR: JERÓNIMO MEJÍA EDWARD¹

SUMARIO: 1. Introducción, 2. El bloque de constitucionalidad en Panamá antes de la reforma constitucional del año 2004, 3. La ubicación de los derechos humanos en el derecho interno luego de las reformas constitucionales del año 2004: Algunas consecuencias., 4. Conclusiones.

1. Introducción

En el Estado liberal que se desarrolló en Inglaterra a partir del siglo XVII, que se consolidó en Estados Unidos después de la independencia de 1776 y en Europa luego de la Revolución francesa de 1789, los derechos humanos desempeñaban la función de límite al poder del Estado. En este sentido, “*el primer y más elemental derecho del individuo es poder rechazar toda autoridad distinta a la ley del Estado, ahora único titular monopolista del imperium y de la capacidad normativa y de coacción*”².

1 Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

2 Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, editorial Trotta, 5ª edición, 2007, p.37.

Lo que se pretendía, y en esto seguimos a Giuseppe De Vergottini, era que el Estado adoptase una posición pasiva respecto a la libertad de acción de los titulares, lo cual se traducía, en el plano de las libertades económicas, en la plena autonomía de los titulares de los derechos y en la ausencia de intervenciones públicas para regular la economía. La propiedad privada fue declarada ‘sagrada e inviolable’ y el régimen de las libertades hallaba una perfecta integración con la concepción de una estructura estatal, basada en el perfil garantista de la *separación de los poderes*, que permitía un equilibrio entre los diversos centros institucionales y le aseguraba al Parlamento, institución representativa de una comunidad nacional ‘soberana’, limitada a quienes detentaban el poder económico, una función preferente³.

El Estado de Derecho asumía de este modo un “significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración”⁴, dentro del cual la representación electiva y la separación de poderes eran trascendentales. Por ello, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó que la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y que toda sociedad en la cual la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni definida la separación de los poderes determinada, carece de Constitución.

De conformidad con la idea de limitación del poder político que sustenta al constitucionalismo clásico, los derechos humanos, reconocidos inicialmente en declaraciones, fueron incorporados a la Constitución de Francia de 1791 (que incluyó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) y a la Constitución de Estados Unidos de América a través de las enmiendas que se le hicieron en 1791.

3 De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Trad. por Claudia Herrera, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, 2005, p. 237.

4 Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trad. de Marina Gascón, Editorial Trotta, 6ª Edición, 2005, p. 23.

Con el devenir del tiempo, y en razón de acontecimientos que no son del caso comentar en este trabajo, se incorporaron a las constituciones derechos fundamentales de corte social. Un claro ejemplo de esa iniciativa se aprecia en la Constitución de México (Querétaro) de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919, dando ello paso al denominado ‘constitucionalismo social’ y al llamado por la doctrina alemana Estado Social que, a diferencia del Estado abstencionista liberal, se caracteriza por ser un Estado intervencionista.

Sin embargo, fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando se difundió decisivamente el modelo del Estado Social de Derecho. Y fue también a partir de ese trágico acontecimiento histórico cuando surgen una serie de declaraciones, pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos. En efecto, tras finalizar la segunda guerra mundial, los Estados toman consciencia de la importancia que tiene la dignidad humana, constituyen la Organización de las Naciones Unidas y los derechos humanos pasan a ser reconocidos y tutelados a nivel internacional.

De este modo se expiden una serie de declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos, siendo el primer instrumento la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948. Le siguen la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, entre otros.

Los convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos han tenido impacto en muchas facetas del derecho. En el derecho internacional público, se modificó la regla conforme a la cual los sujetos del derecho internacional son los Estados, dando paso al reconocimiento de las personas como sujetos del derecho

internacional. La jurisprudencia, opiniones consultivas y otros actos emanados de los organismos internacionales encargados de tutelar los derechos humanos, también han contribuido trascendentalmente no sólo a la defensa de los derechos humanos sino a la sistematización de una doctrina sobre esta materia.

En el derecho constitucional, como afirma Héctor Fix-Zamudio, las constituciones iniciaron una progresiva y decidida internacionalización de los derechos humanos con la ratificación e incorporación en el ordenamiento doméstico, de los derechos consignados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esa internacionalización se produjo de manera más lenta en América Latina debido a la existencia en las décadas de los setenta a los ochenta del siglo XX de varios gobiernos autoritarios, que infringieron generalizada y gravemente los derechos fundamentales, pero debido al retorno de los regímenes constitucionales y a la expedición de nuevos textos constitucionales o de reformas esenciales de los mismos, se inició una tendencia más acelerada de ratificación e incorporación de los derechos establecidos en instrumentos internacionales.⁵

Además de la internacionalización de los derechos humanos ha existido una constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos. En efecto, de acuerdo a Allan Brewer-Carías, en el desarrollo de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos en el mundo contemporáneo, se pueden distinguir diversas etapas que van desde una inicial caracterizada por un proceso de constitucionalización de los derechos mediante su declaración en las Constituciones; seguido de una intermedia, de internacionalización de la constitucionalización de los mismos por su inclusión en los instrumentos internacionales; terminando

5 Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional de los Derechos Humanos de Fuente Internacional en los Ordenamientos de Latinoamérica", en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1728.

con la etapa actual marcada por la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos⁶.

Esa internacionalización y constitucionalización también han tenido influencia en Panamá, sobre todo a partir de la última reforma constitucional ocurrida en el año 2004, que incorporó, entre otras cosas, un segundo párrafo al artículo 17 de la Constitución, conforme al cual “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. Las repercusiones de este precepto en nuestro ordenamiento jurídico son de gran envergadura. Algunas de ellas son el objeto de este trabajo. Sin embargo, antes ofreceremos una breve mirada a lo que ocurría en Panamá antes de la referida reforma constitucional, particularmente con la estructura del bloque de constitucionalidad y el lugar que ocupaban los tratados sobre derechos humanos en el mismo, para finalizar con el impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la ubicación que tienen dichos derechos en el ordenamiento jurídico interno.

2. El bloque de constitucionalidad en Panamá antes de la reforma constitucional de 2004

El bloque de constitucionalidad es definido por Arturo Hoyos, su promotor en Panamá, como “el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control judicial de esa institución”⁷.

6 Cfr. Brewer-Carías, Allan. *El Amparo en América Latina: La Universalización del Régimen de la Convención del Régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Necesidad de Superar las Restricciones Nacionales*. Texto Preparado para el discurso como Miembro Correspondiente Extranjero ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, Septiembre de 2003, p. 2.

7 Hoyos, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, en *Justicia, Democracia y Estado de Derecho*, Serie Ensayos y Monografías Judiciales, Panamá, 1996, p. 22.

Según Hoyos integran el bloque de constitucionalidad: la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional siempre que sea compatible con el Estado de derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello, la costumbre constitucional, algunas disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa, las normas de la Constitución derogada de 1946, el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional y algunas normas de derecho internacional, entre ellas ciertos derechos civiles y políticos.⁸

Lo expresado es la versión del bloque de constitucionalidad que se ha utilizado por la Corte Suprema de Justicia como parámetro de constitucionalidad al menos hasta el 21 de agosto de 2008⁹.

En lo que sigue, describiremos brevemente cómo se creó y se fue integrando paulatinamente el bloque de constitucionalidad en Panamá y cuál fue el tratamiento que le dio dicho bloque a los derechos humanos.

2.1. Surgimiento e integración del bloque de constitucionalidad en Panamá

El 20 de marzo de 1990 salió publicado en el diario El Panamá América un artículo intitulado “La Doctrina del Bloque de

8 La doctrina del “bloque de constitucionalidad” no fue bien acogida por el extinto constitucionalista César Quintero, para quien “las instituciones integradoras del Derecho Constitucional positivo, llámese ‘Constitución material’, Bloque constitucional o de cualquier otra manera, sólo deben cumplir la función de completar o perfeccionar el significado de específicas normas de la Constitución, a fin de que puedan ser interpretadas de manera más eficaz y realista. Pero tales elementos complementarios no deben ser por sí solos objeto de interpretación constitucional directa y aislada. La adopción de semejante práctica entrañaría, sin duda, serios peligros; porque engendraría arbitrariedad interpretativa e inestabilidad institucional”. Quintero, César, “Método y técnica de la interpretación constitucional”, en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita)*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1993, p. 611.

9 Como veremos más adelante, el 21 de agosto de 2008, la Corte Suprema de Justicia dictó una sentencia en la que se estableció que todos los tratados de derechos humanos forman parte del bloque.

Constitucionalidad”. Su autor, el entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Arturo Hoyos. En esta oportunidad, Hoyos se limitó a mencionar el desarrollo jurisprudencial europeo que tiende a ampliar el concepto de Constitución, explicando el concepto de bloque de constitucionalidad en Francia, España e Italia. Posteriormente, el mismo Magistrado publicó el 2 de mayo de 1990 otro artículo en el citado periódico, titulado “El bloque de Constitucionalidad en Panamá”. En este último señaló que integran el bloque de constitucionalidad “las normas formalmente constitucionales”, “la doctrina constitucional sentada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia”, “los derechos fundamentales (individuales y sociales) y las garantías procesales previstas en la Constitución, y las que constan en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ratificadas por Panamá”¹⁰, “la costumbre constitucional, siempre que no sea *contra constitutionem*”. Según Hoyos los elementos enumerados eran los más importantes, pero en esa oportunidad no mencionó ningún otro.

Con posterioridad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 30 de julio de 1990¹¹, luego de referirse al bloque de constitucionalidad de Francia, España, Italia, Costa Rica, y de transcribir la explicación dada por Hoyos sobre el bloque de constitucionalidad en Panamá en la publicación aparecida el 2 de mayo de 1990 en El Panamá América, señaló: “En realidad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia entiende que efectivamente existe un conjunto normativo que integra, junto con la Constitución un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro

10 Al referirse a este tema, Hoyos expresó que “En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, las normas que consagran derechos y garantías fundamentales (la libertad de expresión, de pensamiento, independencia judicial, debido proceso legal, etc.) contenidas en estos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Panamá, se incorporan, en mi opinión, al conjunto de valores que integran el núcleo sustancial del orden constitucional. Los derechos fundamentales tienen, además, de su valor jurídico-individual una significación para la totalidad del orden jurídico que los convierte en *condictio sine qua non* del Estado de Derecho”.

11 Publicada en la Gaceta Oficial No. 21,726 de 18 de febrero de 1991.

para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o acto sujeto al control judicial de constitucionalidad”.

Con la anterior sentencia se acoge, por vía jurisprudencial, la doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá. Cabe destacar que la lectura de dicha sentencia no permite inferir, a ciencia cierta, cómo queda integrado el bloque de constitucionalidad. Como se ha dicho, la misma se limitó a transcribir la opinión vertida por el doctor Hoyos en el aludido artículo publicado el 2 de mayo de 1990 y a explicar cómo estaba integrado el bloque de constitucionalidad en Francia, España, Italia y Costa Rica. Sin embargo, sí quedó claro que “la doctrina constitucional sentada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencias constitucionales, al ser declarada como de carácter definitivo y obligatorio por el artículo 203 de la Constitución Política, es un elemento integrante del bloque de constitucionalidad¹², siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello”, concluyendo la Corte, en el caso que analizaba, que “Como en el presente proceso ha quedado establecido que el artículo 1768 del Código Judicial se encuentra conforme con la doctrina constitucional sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del Pleno de 10 de febrero de 1972, la Corte debe declarar que dicha norma no es inconstitucional”.

Ahora bien, el bloque de constitucionalidad en Panamá se fue integrando conforme la Corte Suprema de Justicia iba dictando sus sentencias. Así, en la de 3 de agosto de 1990¹³, el Pleno de la Corte

12 De esto se deducía, aunque no lo dijo la Corte, que no son todos los fallos del Pleno de la Corte los que poseen el mérito de pertenecer al bloque de constitucionalidad y, por tanto, de constituirse, como consecuencia consustancial de esta doctrina, en jurisprudencia obligatoria, sino que solamente participan de esa característica aquellas decisiones que contienen o producen una cuestión de principio, entendido como aquel criterio jurídico, social, económico o político que es susceptible de aplicación posterior para resolver situaciones similares. Mejía Edward, Jerónimo, “La Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como doctrina obligatoria”, en *El Panamá América*, 27 de mayo de 1993, p. 4A.

13 Consultable en el Registro Judicial de agosto de 1990, p. 16-37.

Suprema, como autoridad investida para defender la Constitución Política a la luz de lo previsto en esa época por el artículo 203, numeral 1, de la Ley Fundamental, señaló que:

Para emitir juicio sobre la inconstitucionalidad de una norma o acto sujeto al Control de Constitucionalidad, la Corte Suprema debe tomar en cuenta, además de las normas formalmente constitucionales vigentes otros elementos que junto con éstos integran un conjunto normativo de jerarquía constitucional que la doctrina moderna y la Corte en sentencia reciente (Cfr. sentencia de 30 de julio de 1990) ha designado como bloque de constitucionalidad.

En el caso que nos ocupa la Constitución de 1946, ya derogada, es un elemento de este conjunto normativo ya que los autos de 28 de julio de 1969 y 26 de febrero de 1971 proferido por el Juez Primero del Circuito de Panamá surtieron sus efectos en el tiempo en que se encontraban vigentes las normas de la Constitución de 1946 que se invocan como violadas en la demanda. Por esta razón, los autos impugnados, al momento de ser dictados y de agotar sus efectos se encontraban sometidos a la Constitución de 1946 que era la norma jerárquicamente superior y, por tanto, es a la luz de las normas Constitucionales vigentes en ese momento que la Corte debe proferir su juicio sobre la Constitución de estos autos.¹⁴

La trascendencia de este fallo no solamente estriba en que a través del mismo se integra la Constitución de 1946, derogada a la fecha de la sentencia, al bloque de constitucionalidad, como parámetro de constitucionalidad de los actos expedidos durante su vigencia, sino en que, a pesar que el artículo 2564 del Código Judicial (actual 2573) establecía que las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad “no tienen efecto retroactivo”, la

14 Idem, p. 33.

Corte Suprema le concedió efectos retroactivos a su sentencia, por tratarse de un acto jurisdiccional e individual, cuya impugnación era permitida de acuerdo a lo que establecía el artículo 203 de la Constitución (actual artículo 206).

Con posterioridad, mediante sentencia de 14 de febrero de 1991¹⁵, al conocer una demanda de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto de Gabinete No. 20 de 1 de febrero de 1990 en virtud del cual se facultó a diversas autoridades administrativas para que destituyeran a los servidores públicos que en los 30 meses anteriores participaron o pertenecieron a grupos paramilitares de los llamados CODEPADIS, BATALLONES DE LA DIGNIDAD u otros similares o que se dedicaron a las actividades de persecución, represión, amenaza, hostigamiento, destrucción y robo de las propiedades públicas y privada o que atentaron contra la seguridad, integridad física y dignidad de sus compañeros de trabajo y demás panameños o extranjeros, la Corte integró al bloque de constitucionalidad la costumbre constitucional y el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, publicado en la Gaceta Oficial No. 21,440 de 21 de diciembre de 1989¹⁶. En esta sentencia, la Corte señaló que:

El Consejo de Gabinete fue facultado para ejercer provisionalmente todas las funciones que correspondían al Órgano Legislativo en materia legislativa... El Pleno considera que el Estatuto de Retorno Inmediato de la Plenitud del Orden Constitucional constituye un elemento del conjunto normativo que en el constitucionalismo moderno se

15 Registro Judicial de febrero de 1991, p. 66-70.

16 Para la época en que se dictó el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, la República de Panamá había sido invadida el 20 de diciembre de 1989 por el ejército de los Estados Unidos de América, por causa del entonces General Manuel Antonio Noriega. Con anterioridad, se había celebrado en Panamá, el 7 de mayo de 1989, los comicios electorales para diversos cargos de elección popular, saliendo electo para Presidente de la República, por amplia mayoría, Guillermo Endara Galimany, quien representaba a la oposición. La voluntad popular no fue respetada, implantándose un gobierno de facto, luego de lo cual se produjo la invasión, que trajo como consecuencia la extinción del gobierno de facto y la expedición del Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional.

designa como bloque de constitucionalidad. La afirmación anterior se fundamenta en que el Estatuto cumple una serie de requisitos sin los cuales no podría entenderse como parte del bloque de constitucionalidad. Si faltare siquiera uno de estos requisitos, un documento como el Estatuto no podría integrarse a dicho conjunto normativo. Estos requisitos son los siguientes: 1. El Estatuto fue expedido por los gobernantes legítimos de nuestro país. 2. El mencionado instrumento normativo fue dictado obedeciendo a un verdadero estado de necesidad. 3. Las medidas previstas en el Estatuto sólo suspendieron temporalmente la eficacia de algunas normas de la Constitución. 4. El resultado final de la aplicación del Estatuto fue el restablecimiento de un Estado de Derecho.

En la construcción del bloque de constitucionalidad desempeñó un papel importante la sentencia de 16 de octubre de 1991 mediante la cual se incorporan al bloque de constitucionalidad, “ciertas normas del Reglamento de la Asamblea Legislativa... que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la Asamblea.” La Corte consideró que cuando una ley es expedida “en violación del procedimiento previsto en este Reglamento, la consecuencia es que aquella puede ser declarada inconstitucional, por el vicio de forma que presenta la ley así aprobada”¹⁷.

Finalmente, el bloque de constitucionalidad quedó construido con la incorporación de algunos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros convenios internacionales sobre la materia. Tiene razón Ana Sánchez Urrutia cuando afirma que a pesar de que las convenciones internacionales sobre derechos humanos “es un elemento enunciado desde los primeros Fallos que se refieren al bloque de constitucionalidad es el que ha sido tratado de manera menos uniforme por la Corte”¹⁸.

17 Hoyos, Arturo, “El Control Judicial...” Op. Cit. p. 26.

18 Sánchez Urrutia, Ana, *El Bloque de la Constitucionalidad. Jurisprudencia Sistematizada*, Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1997, p. 29.

En las sentencias de 28 de septiembre de 1990 y de 8 de noviembre de 1990, la Corte sostuvo que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos formaba parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, en la sentencia de 23 de mayo de 1991, la Corte le negó la posibilidad de integrar el bloque de constitucionalidad a los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, tras argumentar que dichos pactos sólo tienen formalmente valor de Ley y carecen de jerarquía constitucional.

No obstante, en otras sentencias entra a considerar las posibles infracciones de normas convencionales. Lo cierto es que la Corte en ningún momento abrió la posibilidad de que los derechos humanos, en general, reconocidos en tratados y convenciones internacionales, integraran el bloque de constitucionalidad. Esto sólo tuvo lugar, como veremos más adelante, luego de la reforma constitucional del año 2004 y a partir de la mencionada sentencia de 21 de agosto de 2008.

3. La ubicación de los derechos humanos en el derecho interno luego de las reformas constitucionales de 2004: Algunas consecuencias.

Hemos señalado con anterioridad que con las reformas constitucionales del año 2004 se le añadió un párrafo al artículo 17 de la Constitución panameña. El texto de dicho párrafo es del siguiente tenor:

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Como antecedente remoto del precepto anterior, se tiene a la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en la que se estableció:

La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no debe ser interpretada como negación o menosprecio de otros que el pueblo conserva.

El segundo párrafo del artículo 17 constitucional, al ser una cláusula abierta, produce importantes efectos normativos, a saber: reconoce la existencia de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes, la dignidad humana y los derechos fundamentales sirven de puntos de conexión con tales derechos fundamentales, le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá, permite la aplicación de principios de derecho internacional sobre derechos humanos y se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos mediante la conformación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, entre otros.

3.1. Reconocimiento de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes

Se trata de una norma que *reconoce expresamente* la existencia de derechos fundamentales que no figuran explícitamente en la Constitución, a los que se les conceden efectos jurídicos vinculantes. Lo anterior implica que los derechos fundamentales no se agotan en el catálogo previsto en la Constitución. Sobre el particular, manifiesta Sagüés que la existencia de este tipo de “cláusula abierta” permite a los operadores de la Constitución, y en particular a los jueces, reconocer a los habitantes, con rango constitucional, derechos que no eran visualizados como tales al momento de dictarse la Constitución, pero que posteriormente son admitidos, según la conciencia jurídica dominante, como dignos de reconocimiento constitucional¹⁹.

19 Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004.

2.2. La dignidad humana y los derechos fundamentales constituyen el vehículo en virtud del cual se incorporan otros derechos en la Constitución

Del citado artículo 17 de la Constitución se deduce que la dignidad humana y los derechos fundamentales previstos en la Constitución constituyen el vínculo o punto de conexión con aquellos derechos fundamentales que no figuran expresamente en la Constitución, pues para que se puedan considerar derechos fundamentales a aquellos derechos que no aparecen en la Constitución es necesario que éstos incidan, esto es, que repercutan, que influyan, en la dignidad humana y en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En este orden de ideas, conviene señalar que el ser humano nace libre, con una serie de atributos inalienables e inherentes a la naturaleza del hombre, que le son comunes al género humano y, por tanto, les corresponde a todos por igual. Entre esos atributos, que están conformes con la naturaleza del hombre y que le otorgan esencia y valor intrínseco al ser humano, se encuentra la dignidad.

De acuerdo a Kant, la dignidad es un imperativo categórico de la razón, conforme al cual todo hombre es un fin en sí mismo, lo que hace que tenga un valor absoluto e intrínseco, que se traduce en la dignidad.²⁰

Humberto Nogueira Alcalá sostiene que “*la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad*”²¹.

20 Cfr. Ortíz Rivas, Hernán, *Derechos Humanos*, Grupo Editorial Ibáñez, Cuarta Edición, Bogotá, 2007, p. 143.

21 Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*, Librotecnia, Chile, 2006, p. 224.

Krystian Complak señala que la dignidad del ser humano “significa que un individuo está considerado como un valor más importante y paradigmático para otros valores y como su rasero definitivo”²².

El preámbulo de la Constitución establece que ésta se decreta “Con el fin supremo de... exaltar la dignidad humana”. Como se aprecia, la dignidad humana aparece como un valor supremo que debe ser exaltado. No se trata de una declaración retórica, sin trascendencia normativa. Por el contrario, constituye un parámetro axiológico y jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico y que debe ser tenido en cuenta en las actuaciones de los poderes del Estado y de los particulares. La dignidad humana dota al ordenamiento jurídico de fines y principios legítimos, que orientan las acciones u omisiones que han de efectuarse con el propósito de exaltar, promover y tutelar al ser humano y su dignidad. Por ello, la dignidad humana merece ser respetada y protegida de toda violación, menoscabo e injerencia arbitraria, sea que provenga de los poderes públicos o de los particulares.

Al ser fuente de derechos fundamentales, la dignidad humana no sólo constituye un parámetro de constitucionalidad de los actos públicos y privados sino un valor que no puede ser desconocido.

Nogueira expresa que la “dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla... es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna”²³.

22 Complak, Krystian, “La Experiencia Legislativo-Jurisprudencial de la Dignidad Humana en Polonia”, en *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, p. 333.

23 Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 225.

De ahí la importancia que tiene la dignidad humana como factor determinante a la hora de determinar los derechos fundamentales que se encuentran fuera del texto constitucional.

3.3 Los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá tienen rango constitucional

Con anterioridad vimos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solamente le reconocía rango constitucional a algunos artículos de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, pero no a los tratados de derechos humanos en general. A partir de la reforma del año 2004, particularmente de la incorporación del segundo párrafo del artículo 17 constitucional, los derechos humanos previstos en tratados de derechos humanos pueden ser incorporados en la Constitución como derechos fundamentales. Ello es así, porque, a mi juicio, los derechos fundamentales y los derechos humanos comparten valores éticos, políticos y jurídicos y porque al igual que los derechos fundamentales, los derechos humanos:

- a) Protegen frente al Estado y contra los particulares.
- b) Tienen mecanismos de protección reforzados o especiales.
- c) El Estado está obligado a reconocerlos, promoverlos, satisfacerlos y tutelarlos.
- d) Pretenden garantizar una esfera de libertad necesaria para el desarrollo de la personalidad en sociedad.
- e) Encarnan aspiraciones éticas y políticas de los ciudadanos.
- f) Tienen en común a la dignidad humana como fuente y valor digno de ser reconocido, promovido y tutelado.
- g) Sirven como factor legitimador del poder.
- h) Condicionan la unidad, plenitud y coherencia del Ordenamiento, entre otros.

Desde este punto de vista, el principal efecto jurídico que produce el segundo párrafo del artículo 17 constitucional es el

de reconocerle categoría de derechos fundamentales y, por ende, rango constitucional, a los derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales vigentes sobre derechos humanos o en los tratados y convenios que, aunque no sean de derechos humanos, consagren derechos de esa naturaleza. Por ello, esos derechos humanos:

- a. forman parte de la Constitución,
- b. amplían el catálogo y refuerzan los derechos fundamentales y las garantías fundamentales jurisdiccionales previstas en la Carta Magna, y
- c. sirven como parámetro de constitucionalidad de los actos susceptibles de ser impugnados a través de los mecanismos de defensa de la constitución y de los actos que pueden ser impugnados mediante las acciones de tutela de los derechos fundamentales: amparo, habeas corpus, habeas data.

El artículo 17 de la Constitución Nacional le pone fin a la discusión sobre el valor jerárquico de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos en Panamá y reafirma la obligación que tienen los operadores de justicia y demás autoridades del Estado de aplicar directamente las normas sobre derechos humanos de origen internacional, por ser normas auto aplicativas (*self executing*), así como la obligación que tienen los particulares de ajustar su conducta a las normas de derechos humanos. Es importante destacar que desde antes de la incorporación del segundo párrafo del artículo 17 a la Constitución Nacional, ya existía la obligación de acatar las normas del derecho internacional, conforme a lo estipulado por el artículo 4 constitucional.

El segundo párrafo del artículo 17 y el artículo 4 de la Constitución constituyen las normas de interacción e integración recíprocas del derecho internacional de derechos humanos (universal o regional) y la Constitución, todo lo cual conforma un sistema de derechos fundamentales debidamente tutelados, en el plano interno y en

el internacional, y un bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Desde luego, las posibles tensiones que genera la interacción de los derechos humanos de origen internacional y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, relacionadas con la aplicación e interpretación de tales derechos, se deben resolver mediante la aplicación de principios como el principio *pro homine*, dándole preferencia a la norma o interpretación que mejor tutele o que mejor beneficio le conceda al derecho humano de que se trate.

La integración e incorporación de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos al derecho constitucional, mediante la aplicación del segundo párrafo del artículo 17 constitucional, tuvo lugar a través de la sentencia de 21 de agosto de 2008 proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de amparo de derechos fundamentales, sentencia de la cual tuve el honor de ser el ponente.²⁴

Por la trascendencia que tiene dicho fallo para el ordenamiento jurídico panameño vamos a dedicar unas pequeñas líneas para abstraer la doctrina de la Corte, sin incursionar en el análisis de los hechos.

En la motivación de la sentencia, la Corte mostró preocupación por el hecho de que el artículo 54 de la Constitución Nacional restringiera los actos susceptibles de impugnación a través del amparo de derechos fundamentales, a aquellos que participaban de la naturaleza de una orden de hacer o de no hacer, quedando

24 Cfr. Órgano Judicial de la República de Panamá, Búsqueda de Fallos, *Acción Amparo de Garantías Constitucionales presentada por el Licenciado GUILLERMO QUINTERO CASTAÑEDA en representación de ROXANA ALEJANDRA CARCAMO ORTEGA, 21 de agosto de 2008*, [sitio web], dirección URL: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

sin protección los actos que no tuviesen esa connotación, aunque pudieran afectar derechos fundamentales.

En el desarrollo de su argumentación, la Corte señala que “*existen justificadas razones jurídicas, previstas en nuestro ordenamiento jurídico*, que autorizan utilizar el concepto de **Acto** como objeto susceptible de impugnación a través de un amparo de derechos fundamentales.” En ese sentido, utiliza el segundo párrafo del artículo 17 constitucional como fundamento que le permite encontrar en el derecho internacional de los derechos humanos otros derechos fundamentales.

Tras ubicarlos, se apoya en el artículo 4 constitucional, conforme al cual “La República de Panamá acta las normas del Derecho Internacional” y agrega que “Uno de esos instrumentos de Derecho Internacional, **que Panamá está obligada a acatar**, lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, la cual, en el artículo 1.1, “establece expresamente la obligación que tiene Panamá de cumplir lo pactado²⁵...”

La Corte argumenta que del artículo anterior se deduce que “Panamá está obligada no sólo a respetar los derechos y libertades reconocidos en la citada Convención, sino a **garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. Uno de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que Panamá está obligada a respetar y a garantizar su **libre y pleno ejercicio**, está consagrado, dice la Corte, en el artículo 25 y guarda relación con el *derecho* que tiene toda persona a un recurso *sencillo y rápido* que la *ampare contra actos* que violen sus derechos fundamentales. Luego procede a analizar e interpretar el contenido del aludido artículo en

25 El referido artículo dispone: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

concordancia con el artículo 29 convencional, que establece que ninguna disposición de la convención puede ser interpretada en el sentido de “Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*”.

Al llegar a este punto, la Corte ya tenía las bases de un sólido fundamento jurídico para continuar una argumentación que le permitiera concluir el razonamiento dirigido a eliminar los obstáculos *constitucionales y jurisprudenciales* que impedían el libre ejercicio del amparo de derechos fundamentales. En efecto, al iniciar su argumentación, la Corte fijó un ancla inamovible, consistente en la *obligación* que tiene el Estado panameño de *respetar y acatar* el derecho internacional, es decir, la Corte utilizó la norma *constitucional* que no sólo le permitía *interactuar* con el derecho internacional²⁶ sino que compelia al Estado a cumplir sus obligaciones internacionales. Luego declaró las *obligaciones convencionales* que *libre y soberanamente* el Estado se había *comprometido a cumplir*, destacando aquellas que lo *constrañen* a *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y que le *prohíben limitarlos* en mayor medida que la prevista en la Convención.

Ahora faltaba *incorporar*, sin discusión jurídica²⁷, los derechos humanos a la *Constitución*. Para ello, se fundamentó en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, norma que reconoce la existencia de otros derechos que, a pesar de no estar en la Constitución, son fundamentales por ser inherentes a la dignidad humana. En este sentido, como la ubicación natural de los derechos fundamentales en nuestra legislación es la Constitución,

26 El segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución también le permitía interactuar con el derecho internacional de los derechos humanos.

27 Hasta antes de la reforma constitucional del 2004 mediante la cual se incorporó el segundo párrafo del artículo 17, existía un debate sobre el rango que tenían los tratados y convenios sobre derechos humanos en Panamá.

evidentemente es a ésta donde deben incorporarse los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá. Pues bien, como el tema tenía que ver con el amparo de derechos fundamentales, el cual es regulado en la aludida Convención como un derecho humano, y dado que la regulación del mismo es más ventajosa que la prevista en la Constitución, la Corte se apoyó también en la obligación convencional prevista en el artículo 25.2b, consistente en el deber internacional que asumió Panamá al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos de “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”.

La Corte también brindó otros argumentos relacionados con la vigencia e importancia de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho, señalando que “un sistema de protección judicial de derechos fundamentales que no sea capaz de tutelarlos efectivamente, hace ilusorios tales derechos y está lejos de contribuir a la consolidación y preservación de un verdadero Estado de Derecho”.

Finalmente concluyó que mediante la interpretación sistemática de los artículos 4 y 17 constitucionales, 1, 25 y 29 convencionales:

- a. “se amplía el catálogo de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución como mínimos”,
- b. se amplía “el concepto de orden de hacer al concepto de acto establecido en la Convención Americana... de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la... tutela judicial efectiva aquellas personas cuyos derechos fundamentales puedan verse afectados por una decisión emanada de algún servidor público que no revista las características específicas de orden de hacer o de no hacer”,
- c. “los derechos fundamentales tutelables a través de un amparo pueden estar reconocidos en la Constitución, en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá”.

- d. todo lo anterior establece “las bases sólidas de un sistema de protección de derechos y garantías fundamentales”.

3.4. Aplicación de los principios del derecho internacional de los derechos humanos

El hecho de que los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales se incorporen como derechos fundamentales al ordenamiento interno, puede producir tensiones con el orden interno al momento en que deban ser aplicados o interpretados. Para determinar cómo hacerle frente a tales tensiones habrá que conciliar y utilizar en cada caso concreto los principios que proceden de uno u otro ordenamiento, teniendo presente que al integrarse el sistema internacional de derechos humanos al orden interno y existir una Corte regional instituida para proteger los derechos humanos, su doctrina jurisprudencial tiene un peso importante, para lo cual, como señala Sagüés, “teorías como la del ‘seguimiento nacional’, o la del ‘margen de apreciación nacional’, procuran compatibilizar ambas jurisdicciones”²⁸.

Un principio que otorga grandes beneficios al momento de compatibilizar el derecho internacional y el derecho interno sobre derechos humanos, lo es el principio *pro homine*, conforme al cual “*siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno*, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos. *En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en*

28 Sagüés, Néstor Pedro, “Las Relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en Materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, No 1, Talca, 2003.

su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan”²⁹

Como ejemplos de normas convencionales que aluden a los postulados de este principio se tienen, entre otras, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Humberto Henderson propone tres reglas para favorecer la aplicación, en casos concretos, del principio *pro homine*, a saber: la aplicación de la norma más protectora, la conservación de la norma más favorable y la interpretación con sentido tutelar. La primera se aplica en aquellos casos en los que es posible aplicar dos o más normas *vigentes*, nacionales e internacionales, cualquiera sea su jerarquía. En este caso, se debe elegir aquella que protege en mejor forma o que sea más favorable para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos³⁰.

La segunda regla, esto es, la de la conservación de la norma más favorable, tiene aplicación en el caso de sucesión de normas: cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. En este caso se está en el terreno de la temporalidad. La aplicación del principio *pro homine* implicaría que una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas³¹.

Respecto a la última regla que propone, la de la interpretación con sentido tutelar, señala que cuando un juez se

29 Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., p. 376.

30 Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2004, p. 93.

31 *Ibid.* p. 94.

encuentre frente a una norma de derechos humanos que pudiera ofrecer varias interpretaciones, deberá adoptar la interpretación que mejor tutele al individuo o a la víctima, siempre que ello no lleve una aplicación contraria a la voluntad expresa del legislador o del órgano creador de esa norma internacional³².

Otros principios que se deben tener en cuenta son³³:

- a. *pacta sunt Servanda*, según el cual los tratados obligan a las partes a que cumplan lo pactado. Es la infracción de esta regla la que precisamente permite atribuirle responsabilidad internacional al Estado infractor.
- b. principio de buena fe, que establece que el cumplimiento de las obligaciones deben hacerse de buena fe.
- c. el principio del *ius cogens*, que consiste, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena, en una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.
- d. principio de irreversibilidad de los derechos humanos, conforme al cual, al ser los derechos humanos inherentes a la dignidad humana, una vez hayan sido reconocidos como tales, no pueden ser eliminados aunque se denuncie el tratado o se modifique la Constitución, porque tales derechos no emanan de esos instrumentos.

3.5 Sistema integrado de derechos y garantías fundamentales

Evidentemente que con la incorporación del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución se amplía el catálogo de derechos

³² Ibid. p. 96.

³³ Cfr. Cantor, Ernesto, “El Bloque de Constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4 No. 2, Universidad de Talca, 2006, pp. 318 y ss.

fundamentales y el margen de protección de los derechos fundamentales mediante la conformación de un sistema de derechos y garantías fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución. A ello aludía la Corte Suprema cuando en el citado fallo de 21 de agosto de 2008 concluyó que mediante la integración de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales y los derechos fundamentales previstos en la Constitución se establecen “las bases sólidas de un sistema de protección de derechos y garantías fundamentales”.

4. Conclusiones

El segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución ha representado un avance en el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales, al permitir la incorporación de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenciones internacionales al orden interno con rango constitucional. Así lo revela la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

La interacción entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional, conforma un sistema integrado de derechos y garantías fundamentales, al ampliar el catálogo de derechos y garantías, que debe ser aplicado y promovido por las autoridades y particulares.

Al conformarse un sistema integrado de derechos y garantías fundamentales en virtud de la incorporación de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales a la Constitución, se amplía la posibilidad de utilizar tales derechos en otras acciones constitucionales como las de defensa de la constitución (demanda de inconstitucionalidad, advertencia de inconstitucionalidad, objeción de inexequibilidad) y de otros derechos fundamentales tutelados a través del hábeas corpus y el habeas data, surgiendo de esta manera un verdadero bloque de constitucionalidad de derechos susceptible de ser utilizado como

parámetro de constitucionalidad de los actos en las acciones antes mencionadas.

La interacción entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional produce tensiones al momento de aplicar e interpretar los derechos humanos y los derechos fundamentales. El principio *pro homine* constituye una pieza importante en la protección y garantía de los derechos humanos, pues sirve para la aplicación o interpretación de la norma de derecho humano o fundamental que mejor proteja o promueva los derechos humanos, sin interesar el nivel jerárquico de las normas que consagran tales derechos. Igualmente deben tomarse en cuenta otros principios tales como *pacta sunt Servanda*, el principio de buena fe, las normas imperativas de *ius cogens* y la irreversibilidad de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ayala Corao, Carlos, “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, en *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Amudio, Vol I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.
- Brewer-Carías. Allan. *El Amparo en América Latina: La Universalización del Régimen de la Convención del Régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Necesidad de Superar las Restricciones Nacionales*. Texto Preparado para el discurso como Miembro Correspondiente Extranjero ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, Septiembre de 2003.
- Cantor, Ernesto, “El Bloque de Constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4 No. 2, Universidad de Talca, 2006.
- Complak, Krystian, “La Experiencia Legislativo-Jurisprudencial de la Dignidad Humana en Polonia”, en *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*. Trad. por Claudia Herrera. Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, 3ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

- Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, editorial Trotta, 5ª edición, 2007.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico constitucional de los Derechos Humanos de Fuente Internacional en los Ordenamientos de Latinoamérica”, en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- Gaceta Oficial No. 21,726 de 18 de febrero de 1991.
- Häberle, Peter, “La Dignidad como Fundamento de la Comunidad Estatal”, en *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2004.
- Hoyos, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, en *Justicia, Democracia y Estado de Derecho, Serie Ensayos y Monografías Judiciales*, Panamá, 1996.
- Hoyos, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, en *Justicia, Democracia y Estado de Derecho, Serie Ensayos y Monografías Judiciales*, Panamá, 1996.
- Mejía Edward, Jerónimo, “La Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como doctrina obligatoria”, en *La Estrella de Panamá*, 27 de mayo de 1993.

- Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*. Librotecnia, Chile, 2006.
- Ortíz Rivas, Hernán, *Derechos Humanos*, Grupo Editorial Ibáñez, Cuarta Edición, Bogotá, 2007.
- Quintero, César, “Método y técnica de la interpretación constitucional”, en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta)*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1993.
- Registro Judicial de agosto de 1990.
- Registro Judicial de febrero de 1991.
- Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Las Relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en Materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, No 1, Talca, 2003.
- Sánchez Urrutia, Ana, *El Bloque de la Constitucionalidad. Jurisprudencia Sistematizada*, Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1997.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trad. de Marina Gascón. Editorial Trotta, 6ª Edición, 2005.

LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL CONTENIDOS EN LA CARTA DE LA OEA, A LA LUZ DE LOS TRABAJOS DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO¹

MAURICIO HERDOCIA SACASA²

SUMARIO: I.- Introducción. II. Puntos de Partida. 1. Su interrelación. 2. Su Carácter General y Fundamental. 3. Carta de las Naciones Unidas. 4. Presencia en toda la Carta. 5. Especificidad y Especialidad de los principios. 6. Relaciones con el Derecho Internacional Consuetudinario. 7. Los principios y la realidad contemporánea. 8. El mundo actual y el Derecho Internacional. III. Los Principios bajo el artículo 3 de la Carta de la OEA. IV. Notas Finales. V. Algunas sugerencias de proposiciones.

I.- Introducción.

La idea de los principios de Derecho Internacional no es nueva en el Comité Jurídico Interamericano. El 2 de junio de 1942, el

1 Parte de las ideas contenidas en este documento se expusieron ante el Consejo Permanente de la OEA, su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y se presentaron en las Jornadas de Derecho Internacional que tuvieron lugar en Managua del 19 al 23 de noviembre de 2007 así como en el Curso de Derecho Internacional OEA-CJI en Río de Janeiro en el año 2007.

2 Ex Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI), presidió las celebraciones de su Centenario. Formó parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y fue Agente de Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia. Ex Secretario General del SICA. Es Presidente del Instituto Centroamericano de Integración (ICI), miembro de la Corte Permanente de Arbitraje y miembro del CJI. Entre sus libros destaca "Soberanía Clásica, un Principio Desafiado. ¿Hasta Dónde?" y "El Principio Emergente de la Solidaridad Jurídica entre los Estados. Edificando un Nuevo Orden Público Internacional". Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Presidente del Comité Jurídico, Dr. Mello Franco, remitió al Director General de la Unión Panamericana un documento relativo a la “Reafirmación de los principios fundamentales de Derecho Internacional”, que posiblemente influenciaría la propia redacción del artículo 3 de la *Carta de Bogotá* de 1948³.

En esta línea, se destacan los aportes posteriores de la Declaración de Panamá sobre la Contribución Interamericana al Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional, contenida en documento AG/DEC.12 (XXVI-O/96) y más recientemente el documento aprobado por el Comité Jurídico Interamericano titulado: “Proyecto de Declaración sobre el Centenario del Comité Jurídico Interamericano: Principios Generales de Derecho reconocidos por el Sistema Interamericano (CJI/doc.195/05).⁴

II. PUNTOS DE PARTIDA

Debe partirse de la constatación en el sentido que la Organización se funda en principios. Los principios son la base para el mantenimiento de la paz y la seguridad interamericanas y para el

3 Los principios en realidad se vienen desarrollando desde el *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua* de 1826; el *Tratado de Confederación* de 1848 (principalmente); el *Tratado de Alianza y Confederación* de 1856 y el *Tratado sobre Conservación de la Paz* de 1865. El arto. 3 de la *Carta de la OEA* habla de “reafirmar” por cuanto los principios ya se habían enunciado en diversas formas, incluida la *Convención sobre Derechos y Deberes entre los Estados* de 1933; la *Declaración de Principios Americanos* de 1938; El Acta de Chapultepec de 1945 sobre Asistencia Recíproca y Solidaridad Americana de México, entre otros, y con posterioridad a la *Carta*, la Resolución relativa al *Fortalecimiento de los principios de no intervención y autodeterminación de los pueblos y medidas para garantizar su observancia* de 1972; los *Principios Referentes a las Relaciones entre los Estados Americanos* de 1973 y la *Declaración de la Paz* de 1979, entre otros.

4 Por resolución AG/RES.1773 (XXXI-O/01), se encomendó al CJI considerar la posibilidad de preparar un proyecto de declaración sobre su rol en el desarrollo del Derecho Internacional para la oportuna consideración de la Asamblea General. En otros antecedentes lejanos, por mandato de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959), el Consejo de la Organización encargó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de instrumento que enunciase, el mayor número posible de aquellos casos que constituyeran violaciones al principio de no intervención así como la posible creación de procedimientos adecuados que aseguren la estricta observancia del principio. En el curso de 1974, siguiendo a F.V. García-Amador, en su compilación sobre el Sistema Interamericano, el Comité aprobó un nuevo proyectos sobre casos de violaciones al principio de no intervención.

desarrollo de los propósitos de la *Carta de la OEA*. Es decir, son esenciales no sólo para preservar los primordiales fines de la paz y la seguridad, sino para el cumplimiento de todos los objetivos de la *Carta*, incluyendo aquellos de naturaleza económica, educativo-cultural y social.

Los principios tienen, en consecuencia, un carácter básico. Son principios fundacionales que se constituyen en los pilares, sin los cuales no podría edificarse la sociedad interamericana.

1. Su interrelación

Los principios, en lo que respecta a su interpretación y aplicación, están íntimamente relacionados entre sí y cada uno de ellos debe interpretarse en el contexto de los restantes. Los principios no viven en soledad ni aislamiento monástico; son interdependientes, complementarios e interactúan entre sí.

Esta confluencia dinámica de los principios forma parte y testimonia la unidad básica del Derecho Internacional y, en nuestro acaso, del Sistema Interamericano.

Constituyen el sustrato primigenio y el hilo conductor que guía la *Carta*, orienta sus resoluciones, declaraciones y tratados y la conducta entre los Estados.

Sin lugar a equivocarnos, se puede afirmar que unos principios cooperan eficazmente como un tejido sistémico con otros para lograr los propósitos de la *Carta*.

2. Su Carácter General y Fundamental.

Tal como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia, “La asociación de los términos “reglas” y “principios” no se trata en opinión de la Cámara mas que de una expresión doble usada para enunciar la misma idea, toda vez que, en este contexto, se

entiende claramente por principios, los principios de derecho, es decir, también incluye las reglas del Derecho Internacional para las cuales el uso del término “principios” puede justificarse en razón de su carácter más general y más fundamental”⁵.

3. Carta de las Naciones Unidas

Es importante no olvidar que, siendo la OEA un organismo regional, dentro de las Naciones Unidas⁶, los principios del Sistema Interamericano están en directa relación con los principios de la *Carta Universal* y la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados. Igualmente, ninguna de las estipulaciones de la Carta de la OEA puede interpretarse en menoscabo de los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas⁷.

También es necesario indicar que no todos los principios del Sistema Interamericano se encuentran en la *Carta de las Naciones Unidas* como tales; por ejemplo, el principio relativo a la organización política sobre la base de la democracia representativa así como el principio de solidaridad (distinto al de cooperación), son principios propios que van adquiriendo cada vez más respaldo universal.

4. Presencia en toda la Carta

En esta parte introductoria debe tenerse presente que los principios se insertan en toda la *Carta*, no están sólo en el arto. 3 de la misma, sino que se proyectan en las disposiciones que van normando cada uno de los XXII capítulos de la Carta y el Preámbulo. Incluso, su contenido como principios puede ser más nítido, en ocasiones, en

5 Delimitations of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area. Judgment, I.C.J. Reports, 1984, págs. 288-290, para.83.

6 Arto. 1 de la *Carta de la OEA*

7 Arto. 131 de la Carta de la OEA

otros artículos de la *Carta*, tal como sucede con el principio de no intervención en el artículo 19.

5. Especificidad y Especialidad de los principios

No podría dejar de indicarse que la relación entre los principios, por muy estrecha e interdependiente que ciertamente es, no les hace perder su individualidad, identidad propia ni su contenido, aplicabilidad y alcances específicos. Cada principio tiene su propio ámbito de acción y su propia efectividad, lo cual no afecta la contribución de todos al fin común de un orden interamericano justo, democrático y estable.

6. Relaciones con el Derecho Internacional Consuetudinario

El valor convencional de estos principios (debido a su consagración en un tratado como es la *Carta de la OEA*), no les hace perder el valor que puedan tener como normas del derecho internacional consuetudinario. Unas normas no sustituyen a otras⁸. Tal como lo ha indicado la Corte Internacional de Justicia, hay principios ya codificados que vienen complementados por la norma consuetudinaria⁹. A veces la codificación aclara y precisa su sentido y viceversa. En todo caso, “quedaría claro que el Derecho Internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable independientemente del Derecho Internacional de los tratados, aun y cuando las categorías de derechos tengan idéntico contenido”¹⁰.

8 “El hecho que los principios mencionados, y reconocidos como tales, hayan sido codificados o incorporados en convenciones multilaterales no quiere decir que ellos cesan de existir y de aplicarse en tanto que principios de derecho consuetudinario, incluso con respecto de países que son parte en dichas convenciones. Principios como aquellos referidos a la abstención del uso y la amenaza del uso de la fuerza, la no intervención, el respeto de la independencia y de la integridad territorial de los Estados...conservan un carácter obligatorio en tanto que elementos de derecho internacional consuetudinario...” ICJ Reports 1984 párrafo 73.

9 Caso por ejemplo del principio de *ius cogens* relativo a la abstención del uso y la amenaza del uso de la fuerza recogido en los tratados de las NU y la OEA y el criterio de proporcionalidad que viene aportado, en los casos de legítima defensa, por el derecho internacional consuetudinario.

10 I.C.J. Reports 1986, para. 179

7. Los principios y la realidad contemporánea

Los principios no viven en un mundo ideal, abstracto y platónico. Viven y se aplican (o dejan de aplicarse por omisión) en un mundo real que atraviesa por una etapa de transición, con las convulsiones propias que preceden a los grandes acomodamientos. No es posible entender el valor de estos principios sin auscultar los tiempos para descifrar la forma en que actúan a veces como anclas de humanidad, valores permanentes y razón, ante los signos – a veces apocalípticos- de un nuevo siglo vertiginoso y depredador, que se inició con la devastación del terrorismo y da muestras palpable de deshumanización e indiferencia.

8. El mundo actual y el Derecho Internacional

Se destaca como primera característica del mundo actual una más acelerada y profunda expansión y diversificación de los ámbitos de acción del Derecho Internacional, en áreas otrora reservadas a la jurisdicción interna de los Estados. Hoy, a diferencia del mundo de las Naciones Unidas o de la primera *Carta de la OEA*, el Derecho Internacional ha ampliado las materias sujetas a su competencia. Igualmente, áreas enteras del árbol del Derecho Internacional General se han desprendido para formar cuerpos o ramas especializadas, pero el tronco y la savia continúan siendo comunes y tales ramas no podrían sobrevivir sin la fuente misma de su existencia.

Tal es el caso de los regímenes especiales del Derecho del Mar, el Derecho Humanitario, los Derechos Humanos, el Derecho Comunitario, el Derecho del Medio Ambiente y el Derecho Mercantil. El hecho de que las disposiciones de tales ramas se apliquen con preferencia al Derecho Internacional General, no refleja ninguna carta de independencia, sino la aplicación del viejo principio según el cual la norma especial destinada a regular una situación concreta, se aplica con preferencia sobre la norma general. Sabido es, asimismo, que si bien las fuentes del

Derecho Internacional no tienen primacía entre sí, el Derecho Internacional sí contempla una jerarquía entre normas que es muy útil como técnica para la solución de conflictos. Así las normas *ius cogens*, las normas *erga omnes* – incluidas las *erga omnes parte-* y las normas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas¹¹ gozan de superioridad en relación con otras normas. En suma, el menú de las cosas internacionales ha crecido en la misma medida en que el mundo ha ensanchado sus linderos y horizontes

Una segunda nota del mundo contemporáneo consiste en la ruptura del monopolio del Estado¹² para abrir paso a los nuevos sujetos del DI y otros actores emergentes que van ocupando su lugar de honor en la mesa ampliada de la nueva sociedad internacional. Junto al poderoso Leviatán, se sientan hoy los antiguos súbditos y la persona humana pugna por establecer su centralidad.

El concepto de seguridad ha sufrido una profunda mutación; hoy las amenazas y desafíos están interconectadas y tienen un carácter multitemático que desborda los marcos nacionales y exige esfuerzos colectivos superiores, bases y recursos de actuación plurinacionales.

Tales características van acompañadas de un prodigioso acercamiento entre los mundos normativos del Derecho interno de los Estados y el Derecho internacional. Cada vez con más fuerza y vigor se aprecia una “permeabilidad” e interdependencia entre dichos ordenes jurídicos, lo cual facilita –literalmente- el paso de los sujetos del DI de un ámbito a otro. En ese sentido, los individuos y las organizaciones internacionales cobran nuevas formas y modalidades de inter-actuación que imprimen un renovado dinamismo a las relaciones internacionales.

11 De conformidad con el arto. 103 de la Carta de las Naciones Unidas

12 Sin negar el papel protagónico y central que continúa jugando, tiene nuevos interlocutores que comparten el escenario internacional.

Le toca regular también no sólo el mundo visible de objetos materiales, sino con más fuerza el mundo invisible donde, a partir de un nuevo espacio cibernético y tecnológico, se da vida a manifestaciones como el comercio electrónico, dónde, a velocidades instantáneas se generan millones de transacciones con efectos jurídicos.

Finalmente, el surgimiento, junto a un derecho clásico sustentado en la voluntad de los Estados, de un nuevo derecho común que se expresa en normas imperativas reflejadas en las llamadas obligaciones de *ius cogens*; las normas de cobertura universal, reflejadas en las llamadas normas *erga omnes* que atienden a los intereses de la Comunidad Internacional en su Conjunto y, especialmente, se apuntan las normas recogidas en los sistemas regionales, que reflejan obligaciones establecidas para la protección de un interés colectivo esencial a la vida mismo del grupo de Estados organizados. Este es el caso de las normas interamericanas relativas a la democracia representativa y a los derechos humanos que conforman un Orden Público Regional Americano *interpartes* (una especie de normas *erga omnes partes*).

Corolario de esta constatación es el hecho de que este derecho no sólo es colectivo en las obligaciones que genera, sino que proyecta una responsabilidad solidaria y conjunta de actuar y de cooperar recíprocamente para enfrentar las violaciones graves a esas obligaciones esenciales al grupo de Estados. La Carta Democrática Interamericana y el artículo 9 de la Carta de la OEA, son buenos ejemplos de este nuevo espíritu de reacción colectiva y solidaria.

III. LOS PRINCIPIOS BAJO EL ARTÍCULO 3 DE LA CARTA DE LA OEA

En el contexto anterior, a continuación, se hará una breve referencia a los diferentes principios contenidos en el arto. 3 de la *Carta*, rogando no olvidar su relación con otros artículos de la Carta que

por razones de tiempo no podrán abordarse y el hecho de que el orden en que se citan es simplemente el del artículo¹³.

1. Artículo 3 - Los Estados americanos reafirman los siguientes principios

a) *El Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.*

Bajo este principio, “el imperio del derecho es un elemento insustituible para lograr la paz y la seguridad internacionales, así como para el progreso y el desarrollo en cada uno de los Estados del hemisferio”¹⁴.

Un primer comentario a este principio es para indicar que el Derecho Internacional de hoy ha evolucionado profunda y aceleradamente. Siempre ha estado en su naturaleza evolucionar, para encauzar los fenómenos sociales emergentes en una avenida legal.

Parte del mandato del Comité Jurídico Interamericano es precisamente promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional¹⁵. La *Declaración de Panamá* de 1996, puso de manifiesto el carácter prioritario de esta tarea y enfatizó su impacto para la interrelación entre los sistemas de derecho civil y *common law*.

La fundamental labor del Comité de servir de Cuerpo Consultivo de la Organización y su capacidad de iniciativa, son la mejor forma que tiene el Comité de contribuir al cumplimiento de este principio que, a su vez, exige la adecuación del derecho a las nuevas realidades contemporáneas.

13 Debe tenerse presente también que hay otros principios que se han venido desarrollando en el Derecho Internacional en múltiples materias que no están necesariamente recogidos en la *Carta de la OEA*.

14 *Proyecto de Declaración sobre el Centenario del Comité Jurídico Interamericano Principios Generales de Derecho reconocidos por el Sistema Interamericano.*

15 Arto.99 de la *Carta de la OEA*.

Como lo ha indicado el Comité, el “*fortalecimiento del derecho internacional no solo se expresa, en la actualidad, en la codificación del mismo, sino especialmente en su desarrollo progresivo para proporcionar soluciones a los nuevos problemas y desafíos*”.¹⁶

El Derecho Internacional es un sistema jurídico, donde las reglas y principios no son una simple sumatoria, sino un modelo sistémico, lo cual implica que las normas “cobran vida social” e interactúan unas con otras, desprendiéndose así su naturaleza de ser un derecho de relación coherente, donde la interpretación y el conflicto tienen, a su vez, sus técnicas jurídicas de solución.

El gran desafío del Derecho Internacional es “administrar” su fragmentación en regímenes especiales y preservar su unidad y coherencia, a partir de su armonización, tomando como régimen unificador la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y la jerarquía entre sus normas a partir del *ius cogens*, las normas *erga omnes*, *erga omnes* parte y la primacía de la *Carta de las Naciones Unidas* bajo el arto. 103.

Un segundo principio delineado en el artículo 3 consiste en que:

b) *El orden Internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional.*¹⁷

Comencemos con la cuestión de la Soberanía. Como el autor ha indicado en otras oportunidades¹⁸, originalmente, los componentes de la definición clásica de Soberanía habían cargado una fuerte dosis de rigidez, sustentada en las ideas de territorialidad y en el ejercicio, lo más amplio posible, de competencias privativas, absolutas y excluyentes, ejercidas en un espacio marcado por la

16 CJI/doc.195/05.

17 Algunos artículos relacionados de la *Carta*: Artículo 10–13, Artículo 16 y Artículo 18

18 HERDOCIA SACASA, Mauricio. *Soberanía Clásica: un principio desafiado... ¿Hasta Dónde?* Comercial 3H, S.A. p. 4-6.

independencia entre los Estados, considerados entonces como depositarios únicos y privilegiados de la Soberanía y actores indisputados del orden internacional.

Cabe la pregunta, ¿Cuánto ha cambiado esta realidad? ¿Hasta qué punto la humanización del Derecho Internacional contemporáneo ha sacudido la institución de la Soberanía, trasladando espacios legítimos de actuación y subjetividad a los otros sujetos y actores del Derecho Internacional? ¿Qué tanto es cierto que se ha relativizado la Soberanía frente al surgimiento de nuevos conceptos, reglas permisivas y visiones que están remodelando la estructura del orden jurídico internacional?

¿Hasta dónde vivimos hoy en un mundo de Estados únicamente? ¿Cómo ha afectado ese mundo el surgimiento del individuo como sujeto de derechos y obligaciones que se despoja de su anónima pertenencia a la población del Estado y afirma una identidad propia y preeminente que no había poseído antes en toda su historia?

De ahí la necesidad de hacer una reflexión desde la perspectiva de un principio fundacional como es la Soberanía de los Estados, centro de donde irradian el conjunto de principios y propósitos que ordenan y estructuran las relaciones entre los Estados, principio sobre el cual reposa todo el Derecho Internacional, como diría la propia Corte Internacional de Justicia en 1986¹⁹.

Históricamente, entre los componentes del Estado, han prevalecido aquellos que marcan límites - territorio y gobierno - y presuponen la distribución de manera exclusiva y excluyente, de las competencias y atribuciones. El elemento población - que es componente universal y común a una sola e indivisible humanidad -, había aparecido como relegado y subordinado. Los pueblos -y con ello lo humano como factor cohesionante-, se integraron gradualmente, rompiendo los muros y fronteras de

19 ICJ Reports 1986, p.133, párrafo 263.

un derecho de “separación”, dividido en parcelas territoriales y jurisdiccionales excluyentes

Hoy, el elemento población y sus componentes individuales, se alzan con luz propia y autónoma y reclaman su lugar de influencia sobre el ejercicio de la Soberanía. En efecto, la Soberanía va dejando de configurarse únicamente a partir de su ejercicio sobre el territorio y por los gobiernos, para desarrollar la dimensión humana de las poblaciones y de las personas concretas que las integran.

Se trata de la insurrección de los súbditos del Leviatán que pasan a ocupar territorios estatales y marcan sus linderos.

En el mundo actual parece existir una gran confusión sobre los cambios ocurridos y sus consecuencias; algunos siguen viendo la Soberanía y los principios que la rodean (No Intervención, Igualdad Soberana y Libre Determinación, por ejemplo), desde la óptica de los años anteriores al proceso de descolonización o el surgimiento de los grandes tratados en materia de Derechos Humanos, la jurisdicción penal universal, la conformación de grandes bloques de codificación en diversas áreas especializadas, la adopción de multitud de acuerdos por parte de los Estados entre sí y con las organizaciones internacionales y los procesos de integración. Para los partidarios de esta óptica estática, las fronteras no parecen haberse movido, contra toda la evidencia aplastante de la realidad contemporánea.

No obstante todo ello, la Soberanía sigue siendo el núcleo articulador y el Estado, el sujeto por excelencia.

En cuanto a los tratados, como lo indicó la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua²⁰, a propósito de la celebración de elecciones libres:

20 ICJ Reports 1986, Pág. 131. Párrafo 259.

“...la Corte no percibe, dentro de todo el abanico de materias sobre las cuales puede tratar un Acuerdo Internacional, ningún obstáculo, ni ninguna disposición que impida a un Estado asumir un compromiso. El Estado que es libre de decisión en su orden interno, es soberano para aceptar en ese dominio una limitación de su Soberanía.”

Ya desde su primera decisión, la Corte Permanente de Justicia Internacional recordó que, lejos de ser incompatible con la Soberanía:

“...la facultad de contraer compromisos internacionales es un atributo de la Soberanía del Estado.”²¹

Consecuentemente, tal como indica la *Carta*: “*El respeto y fiel observancia de los tratados constituyen normas para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados. Los tratados internacionales deben ser públicos.*”²²

c) La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí

Este principio refleja el espíritu de la propia *Carta*. Es consustancial a su existencia, por cuanto hay un deber primario de cumplir de buena las obligaciones contraídas en el propio instrumento fundacional de la Organización.

Igual cumplimiento de buena fe se exige para los principios, obligaciones y normas derivadas del Derecho Internacional. La buena fe en el cumplimiento de los tratados es norma clásica.

Debe tenerse presente que, en caso de conflicto entre obligaciones de la *Carta de la OEA* y la de las Naciones Unidas, prevalecen las últimas²³.

21 Decisión del 17 de agosto de 1923, Caso del vapor Wimbledon, Serie A, Número 1, p. 25.

22 Artículo 18 de la *Carta de la OEA*.

23 Arto. 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

Un cuarto principio consiste en que:

d) *La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la Democracia Representativa.*²⁴

En este ámbito, debe tenerse presente que la *Carta Democrática Interamericana* interpreta fielmente el estado de las normas interamericanas en la materia.

Sobre el tema de la Democracia, como punto de partida, el Comité Jurídico ha indicado desde 1995 que:

“Todo Estado del Sistema Interamericano tiene la obligación de ejercer efectivamente la Democracia Representativa en su sistema y organización política.”²⁵

Esto significa que la Democracia Representativa en América, en sus directrices esenciales e intocables, ha salido del recinto de los asuntos propios de la jurisdicción doméstica para trasladarse al ámbito de las cuestiones regidas por normas de carácter internacional.

En su proyecto de Declaración sobre el Centenario²⁶, el Comité diría que “La democracia es un derecho de los pueblos americanos y una obligación jurídica internacional de los respectivos Estados, derecho y obligación invocado y exigible respectivamente, ante y por la Organización de los Estados Americanos”.

Conviene recordar lo expresado por el Comité en el sentido de que:

24 El artículo 9 de la *Carta* muestra la reacción colectiva ante la violación al principio de democracia representativa. Los considerandos preambulares tres y cuatro son muy importantes así como el arto. 2 inciso b) de la *Carta*.

25 CJI/RES.1-3/95.

26 CJI/doc.195/05.

“...las normas jurídicas internacionales correspondientes al ejercicio efectivo de la Democracia Representativa de los Estados del Sistema Interamericano conforman un orden específico y especial...”²⁷

Resalta la contribución de este órgano de la OEA al perfeccionamiento de la *Carta Democrática Interamericana* mediante las observaciones y comentarios al proyecto de Instrumento en el año 2001.

La Democracia es realmente el gran aporte del Sistema Interamericano al siglo XXI. Es un derecho en vías de cristalización universal. La idea de que comporta dentro de sí elementos que no pueden alterarse (separación de poderes, elecciones libres y derechos y libertades fundamentales, por ejemplo) así como la responsabilidad subsiguiente que genera el hecho ilícito de la alteración del orden democrático y el legítimo ejercicio del poder, tienden a transformar su naturaleza política originaria en un vínculo propiamente jurídico - como lo anticipó el Comité - que tarde o temprano tendría que llegar a la propia *Carta de las Naciones Unidas*, carente actualmente de una sola mención a la democracia.

Se espera el día en que la Carta Universal incluya dentro de sus propósitos como lo ha propuesto el autor, el de “promover los valores y principios de la democracia, dentro del Derecho Internacional”. Esa marcha, ya se inició en múltiples resoluciones, declaraciones y planes de acción de agrupaciones pro democracia en el marco de las Naciones Unidas. También en la Cumbre Mundial del 2005, se proclamó el valor universal de la democracia, aunque está pendiente la definición de sus elementos esenciales.

En realidad, lo que después sería el modelo interamericano, ya en 1959, había definido en la Declaración de Santiago algunos

27 CJI/RES.1-3/95.

“principios y atributos” del sistema democrático. Vale la pena recordarlos:

“1. El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los Poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos de gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado.

2. Los gobiernos de las Repúblicas Americanas deben surgir de elecciones libres.

3. La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio efectivo de la democracia.

4. Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

5. Los derechos humanos incorporados en las legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces.

6. El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano.

7. La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión, son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático.

8. Los Estados Americanos, con el fin de fortalecer las instituciones democráticas, deben cooperar entre sí en la medida de sus recursos y dentro de los términos de sus leyes para consolidar y desarrollar su estructura económica, con el fin de conseguir justas y humanas condiciones de vida para sus pueblos”²⁸.

28 Declaración de Santiago sobre “Democracia Representativa”, acordada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana, en sus artículos 3 y 4 definiría los elementos esenciales y componentes fundamentales de la Democracia Representativa, recogiénose así la idea de valores consustanciales al modelo democrático, cuya trasgresión corroe los cimientos en los que se sustenta. No hay régimen democrático si falta uno de los elementos esenciales de la Carta Democrática Interamericana, sus componentes fundamentales o de los atributos reseñados desde 1959, cuando dicha carencia sea sistemática, grave y no encuentre dentro del derecho interno una vía para solucionarla, no se desee hacerlo o se carezca de los recursos para ello.

El Comité Jurídico Interamericano emitió una Resolución²⁹ en la cual se enfatiza el vínculo vital entre el ejercicio efectivo de la democracia representativa y el Estado de Derecho, a partir de sus elementos esenciales y componentes fundamentales. En ese sentido, la Resolución destaca el derecho que todo Estado tiene a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga. Observa que este derecho está limitado por el compromiso de respetar los elementos esenciales de la democracia representativa y los componentes fundamentales del ejercicio de la misma enumerados en la Carta Democrática Interamericana.

Asimismo, se reafirma la Declaración de Santiago de Chile adoptada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en agosto de 1959.

El Comité Jurídico Interamericano indicó que los riesgos, las afectaciones, las rupturas, y en general las alteraciones al orden democrático, deben apreciarse a la luz de la vigencia de los elementos esenciales de la democracia representativa y de los componentes fundamentales del ejercicio de la misma.

29 CJI/RES. 159 (LXXV-O/09)

El Comité Jurídico enfatizó que es necesario fortalecer Poderes Judiciales independientes, provistos de autonomía e integridad, carácter profesional y no partidario y sujetos a un régimen de selección no discriminatorio e insistió en la importancia de prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afectan el sistema democrático de gobierno.

El Comité Jurídico Interamericano sintetizó su posición indicando que el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del estado de derecho, que incluye el respeto a los elementos, componentes y atributos de la democracia.

En cuanto al principio de Solidaridad³⁰, un resultado importante de los cambios ha sido el surgimiento –in *status nascendi*– a juicio del autor³¹, de un nuevo principio de Solidaridad Jurídica, todavía no profundizado lo suficiente en el Derecho Internacional, pero muy avanzado en el ámbito de la democracia y los derechos humanos, por ejemplo. Se trata de un principio que aspira a ser imperativo y diferente a la simple y laxa cooperación, interpretada (aunque su texto va más lejos) como sujeta al arbitrio de las partes.

En el derecho clásico, los Estados reivindicaban las ofensas inferidas a su propia personalidad, súbditas y bienes. Un derecho casi egoísta y al servicio propio. La ofensa era individual como la respuesta.

El resto de situaciones que afectaban a los demás –salvo alianza o pacto de defensa mutua– quedaba librado a la indiferencia ante

30 En la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, se aprobó en 1936 la resolución XXVII, *Declaración de Principios sobre Solidaridad y Cooperación Interamericanas*, la cual se refiere a "...la existencia de una democracia solidaria en América".

31 Herdocia Sacasa, Mauricio. *El Principio Emergente de la Solidaridad Jurídica entre los Estados. Edificando un Nuevo Orden Público Internacional*. Impreso en Comercial 3H, S. A. 2008

el destino de terceros. La responsabilidad colectiva no aparecía –a diferencia de la hora actual- como un rasgo distintivo de la Sociedad de Naciones en diversos campos.

El artículo 48 (Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas³², da a todo Estado que no sea un Estado lesionado el derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado cuando “La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo”. El comentario de la Comisión indica que “...las obligaciones que protegen un interés colectivo del grupo pueden derivar de tratados multilaterales o del derecho internacional consuetudinario. En ocasiones se ha calificado a esas obligaciones de ‘obligaciones *erga omnes partes*’”.

Por su parte, el arto. 41 del proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, establece como un deber de todos los Estados, el de cooperar para poner fin a una violación de una norma imperativa, es decir, con independencia total de quién es el Estado directamente lesionado.

Hoy, podemos sostener la idea de la conformación de un principio de Solidaridad Jurídica en formación avanzada³³; es decir, un derecho interesado en la suerte de las personas, los pueblos, la Comunidad Internacional en su Conjunto y el interés general. Un derecho interesado en el destino de otras naciones y en el futuro, no como una graciosa concesión, sino como resultado, sea de un

32 Suplemento N° 10 (A/56/10) Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53° período de sesiones.

33 HERDOCIA SACASA, Mauricio. *El Principio Emergente de la Solidaridad Jurídica entre los Estados: un Nuevo Orden Público Internacional*. Lección inaugural ante la Universidad de Ciencias Comerciales (UCC). 11 de mayo del 2006.

deber jurídico imperativo, o bien bajo la forma de un derecho de actuación *ejercitable erga omnes* o “*erga omnes partes*” para la Comunidad Americana, según lo ha propuesto el autor para el recinto regional.

Este principio se ha venido construyendo sobre la base de varios eslabones que unen la cadena de la Solidaridad Jurídica y la responsabilidad de actuar que genera³⁴.

En el ámbito americano, hay entonces un emergente principio de solidaridad que obliga a la actuación colectiva de los Estados que no han sido directamente lesionados (en el sentido tradicional), en caso de afectación a intereses colectivos esenciales del Sistema en su conjunto, es decir, al Orden Público Americano. En virtud de este emergente principio, la indiferencia ante el ataque a valores colectivos esenciales deja de pertenecer al ámbito moral y se coloca como una conducta incompatible con un principio vinculante que manda la actuación solidaria de los Estados que no han sido directamente lesionados, dentro del marco y procedimientos estrictos del Derecho Internacional y el respeto al principio de no intervención.

Otros principios capitales consisten en que:

e) *Todo Estado tiene el derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social y a organizarse en la forma que más le convenga y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro estado con sujeción a lo arriba dispuesto, los estados americanos cooperarán ampliamente entre si y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.*³⁵

34 Eslabón Humanitario; Eslabón de la Legítima Defensa Colectiva; Eslabón de las Normas de *ius cogens*; Eslabón de las normas *erga omnes*; Eslabón de los Derechos Humanos; Eslabón de la Democracia Representativa; Eslabón de los procesos de integración; Eslabón de la protección humanitaria a poblaciones vulnerables en riesgo (mal llamada “intervención Humanitaria”).

35 Algunos artículos relacionados de la carta son Artículo 17, Artículo 19–20 y Capítulo VII – Desarrollo Integral (Artículo 30 – 52) y Capítulo XIII – Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (Artículo 93 – 98).

Entre aquellos asuntos que dejaron de pertenecer exclusivamente a la jurisdicción interna y exclusiva de los Estados del Sistema Interamericano, para pasar a ser parte de sus obligaciones jurídicamente vinculantes, se encuentran los elementos esenciales de la Democracia Representativa³⁶.

Es por ello que se manifiesta el principio de Solidaridad Jurídica ante las alteraciones del orden constitucional que afecten gravemente el orden democrático en un Estado, activando los mecanismos de apreciación colectiva para promover, por parte de Estados distintos al directamente lesionado, la normalización de la institucionalidad democrática y el pleno imperio de las instituciones democráticas.

Como resultado de estos compromisos, debe indicarse que el derecho a elegir el sistema político, económico y social, ha perdido parte de su amplitud original y, a juicio del autor, no puede alegarse para justificar la construcción de un modelo de organización política que niegue los valores y principios esenciales que sustentan el orden constitucional democrático o el ejercicio legítimo del poder. Ese es uno de los grandes cambios de la Soberanía en el Sistema Interamericano.

El Comité Jurídico Interamericano ha indicado que:

“...el principio de no intervención y el derecho de cada Estado del Sistema Interamericano a elegir, sin injerencia externa, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, no pueden amparar la violación de la obligación de ejercer efectivamente la Democracia representativa en dicho sistema y organización”.³⁷

El modelo de Democracia adoptado tiene elementos que no pueden ser objeto de variación en lo sustantivo. Esto es, no es posible para

36 VIO GROSSI, Eduardo. *La Democracia Representativa: obligación jurídica interamericana*. Publicado en la Democracia en el Sistema Interamericano. Washington, DC: Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 1998, p.31.

37 CJI/RES.I-3/95. Resolución del 23 de marzo de 1995.

ningún Estado americano, por ejemplo, decidir un régimen político que no contemple, o bien, vulnere los elementos esenciales de la Democracia Representativa, como son, entre otros:

“... el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”³⁸

Por supuesto, hay plena libertad para adoptar las propias modalidades, características específicas, programas y prioridades de organización y actuación de un gobierno, siempre y cuando no afecten este “núcleo duro y esencial” que es imperativo mantener.

El principio plenamente vigente de no intervención, cima y aporte indiscutible de América Latina y del Sistema Interamericano al Derecho Internacional, desde el *Tratado de Confederación* suscrito en Lima en 1848 y consagrado definitivamente en la *Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados* de 1933, pasando por el *Protocolo Adicional relativo a la No Intervención* de 1936, hasta la *Carta de la Organización* de 1948, debe ahora convivir con el principio de la democracia representativa; como antes lo hizo con el deber universal de respetar los Derechos Humanos, materias ambas que han pasado a ser reguladas por el derecho americano³⁹.

A nivel universal, no existe la obligación de seguir el modelo de Democracia Representativa, al menos en la forma en que está consagrado convencionalmente en el Sistema Interamericano. La Corte Internacional de Justicia ha dicho que: “...la adhesión de

38 Arto. 3 de la *Carta Democrática Interamericana*.

39 Téngase presente que bajo el arto. 2 de la *Carta*, la Organización no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la *Carta*, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.

un Estado a una doctrina particular, no constituye una violación al derecho internacional consuetudinario...⁴⁰, siempre y cuando no se violen impunemente los Derechos Humanos.

De ahí el desafío de los Estados vinculados a este modelo de trasladar los conceptos de democracia al ámbito universal, teniendo en cuenta que la *Carta de las Naciones Unidas*, no consagra el derecho de los pueblos a la democracia ni contiene referencias específicas a ella. Parece llegado entonces el momento de considerar un esfuerzo de reforma de la *Carta Universal* en esa dirección para consagrar la democracia entre sus propósitos fundamentales.

Especial atención merece el siguiente principio:

f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la Democracia Representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados Americanos.⁴¹

Los componentes civiles y políticos de la democracia representativa no son suficientes, es necesario un rostro humano y social que conjugue libertades y satisfaga necesidades, la fórmula interdependiente e indivisible entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Tan indivisibles como la propia *Carta de la OEA* cuando se refiere a Democracia por una parte, y a Desarrollo Integral, por otro. No es posible sacrificar unos en aras de otros. No basta entonces una *Carta Democrática Interamericana* y prueba de ello son los trabajos que realiza la OEA en materia de una *Carta Social*.

Tal como lo expresó el autor en la celebración del Centenario del Comité Jurídico Interamericano:

40 I.C.J. Reports 1986. para. 263.

41 Ligado a este tema, por ejemplo, el artículo 34 de la Carta.

“Nunca fue ajena la Organización, desde sus inicios, a los problemas sociales.

La Resolución LVIII de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en México, encargó al Comité Jurídico: “...*que en colaboración con la Oficina Internacional del Trabajo y teniendo en cuenta los convenios y recomendaciones de dicha Oficina y la legislación de los países americanos formule una ‘Carta Interamericana de Garantías Sociales’, la cual será sometida a la consideración y aprobación de la Novena Conferencia Internacional Americana que habrá de reunirse en Bogotá*”.

El proyecto de *Carta* fue elaborado el 21 de Octubre de 1947.

Para el Comité, la misión encomendada “...era la de establecer los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase de nuestras Repúblicas.”

Muy posiblemente esos esfuerzos pioneros influenciaron la evolución de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dimensión inseparable de los Derechos Civiles y Políticos.

Según lo expresa la Exposición de Motivos del Comité Jurídico Interamericano sobre la citada *Carta*: “*Así el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Paz, la Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre y la Carta de Garantías Sociales, son el trípode ideado para sostener la organización internacional americana*”.

g) Los Estados Americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos.⁴²

42 Algunos artículos relevantes de la Carta son el Artículo 21 y 22.

Desde la primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington en 1889-1890, se declaró que una guerra de conquista no otorgaba derechos⁴³. El artículo 22 de la *Carta* expresa este principio en su dimensión más general, aunque no incluyó expresamente la amenaza del uso de la fuerza. En tal sentido, “los Estados Americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados”.

Durante la Octava Conferencia Internacional Americana, se reiteró en 1938, “como principio fundamental del Derecho Público de América, que no tendrán validez ni producirán efectos jurídicos la ocupación ni la adquisición de territorios ni ninguna otra modificación o arreglo territorial o de fronteras mediante la conquista por la fuerza, o que no sean obtenidas por medios pacíficos”⁴⁴.

Este principio está íntimamente vinculado al siguiente:

h) La agresión a un Estado Americano constituye una agresión a todos los demás Estados Americanos.⁴⁵

De esta expresión se deriva -en gran parte- el sistema de seguridad colectiva en el ámbito militar, una de las preocupaciones primigenias de los primeros tratados del siglo XIX.

La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas entiende por agresión:

“La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o, en

43 ARRIGHI, Jean Michel. OEA Organização dos Estados Americanos. Manole, p. 13.

44 Conferencias Internacionales Americanas. Primer Suplemento 1938-1942. Publicación de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana. Pág. 43.

45 Ciertos artículos pertinentes de la *Carta* son: Artículo 2, Artículo 28 – 29 y Artículo 65.

cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.”

El artículo 9 modificado por el artículo I del *Protocolo de Reformas del TIAR* retomó, *mutatis mutandis*, esta definición⁴⁶.

El Órgano de Consulta del tratado especial que regula la materia, el *Tratado Americano de Asistencia Recíproca* de 1947, ha sido invocado relevantemente al menos 18 veces entre países americanos y dos con países extrarregionales.

Aquí se expresa el principio de solidaridad colectiva en el ámbito militar que luego se extendería – bajo otras modalidades, por supuesto – al campo de la democracia representativa y de los derechos humanos, motivando la apreciación y la acción colectiva.

En realidad, el modelo nuevo de seguridad multidimensional, a juicio del autor, ha venido a resquebrajar en parte las bases monotemáticas del TIAR. La idea de una seguridad multidimensional⁴⁷ y del elemento humano como fundamento de la seguridad, arroja una luz distinta al antiguo modo de tratar los problemas de la seguridad. La Conferencia Especial sobre Seguridad de México en octubre de 2003, abrió un camino que debe traducirse al lenguaje jurídico de los instrumentos del Sistema. La *Declaración de Seguridad en las Américas* destacó el proceso de examen y evaluación del TIAR, “*teniendo en cuenta las realidades de la seguridad en el Hemisferio y la naturaleza distinta de las amenazas tradicionales y no tradicionales a la seguridad, así como los mecanismos de cooperación para hacerles frente*”.⁴⁸

46 Ver documento CJI/doc.159/04 corr.1 del 9 de agosto de 2004 titulado “Aspectos Jurídicos de la Seguridad Interamericana: Principios o Normas Generales sobre la acción de la Organización de los Estados Americanos en materia de paz y seguridad internacionales”, presentado por el Dr. Eduardo Vio Grossi

47 Ver al respecto el pionero *Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica* de 1995 y la *Declaración de Bridgetown. sobre el Enfoque Multidimensional de la Seguridad Hemisférica* (AG/DEC.27 (XXXII-O/02).

48 Punto 48 de la *Declaración sobre Seguridad en las Américas*.

A continuación un principio que ha marcado las contribuciones del Sistema:

i) *Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos.*⁴⁹

El núcleo del asunto de la solución pacífica descansa en gran medida en la necesidad de un mecanismo de carácter obligatorio que permita cumplir con el propósito de “no dejar que controversia alguna entre los Estados Americanos pueda quedar sin resolver”⁵⁰.

El tratado que establecería los medios adecuados para resolver las controversias es el *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)*

Desde 1957, que dormía, el *Pacto* ha despertado de un largo letargo a las voces de la Corte Internacional de Justicia. El *Pacto* ha sido alegado 7 veces desde entonces como título de jurisdicción y competencia (1986 (2), 1999 (1), 2001 (1), 2005 (1) y 2008 (2)) para intentar abrir las puertas de la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia ha emitido pronunciamientos concretos sobre el *Pacto de Bogotá* en los casos relativos a las Actividades Fronterizas y Transfronterizas Armadas (Nicaragua versus Honduras) de 1988 que fue un caso pionero que marcó la jurisprudencia subsiguiente y a la Disputa Territorial y Marítima en el Mar Caribe (Nicaragua versus Colombia) de 2007 en su fase de Objeciones Preliminares.

El *Pacto* se ha invocado para los casos relativos al Laudo del Rey de España del 23 de diciembre de 1906 (Nicaragua y Honduras); a

49 Algunos artículos pertinentes de la *Carta* son los Artículos 24-27 del Capítulo V (Solución Pacífica de Controversias).

50 Arto 27 de la *Carta de la OEA*.

las Actividades Fronterizas y Transfronterizas Armadas (Nicaragua versus Costa Rica) de los años ochenta que no llegó a su fin; a la disputa territorial y marítima en el Mar Caribe (Nicaragua versus Honduras) fallado en el 2007; a la Disputa concerniente a Derechos de Navegación y Relacionados (Costa Rica versus Nicaragua) fallado en el 2009; a la Disputa Marítima (Perú/Chile) del 16 de enero de 2008 y el caso relativo a la Fumigación Aérea con Herbicidas (Ecuador v. Colombia) del 31 de marzo de 2008. Ya en los últimos casos, Honduras (demandada por Nicaragua), Nicaragua (demandada por Costa Rica), Chile (demandado por Perú) y Colombia (demandada por Ecuador), ante el título de jurisdicción del Pacto, no alegaron Objeciones Preliminares

Es interesante destacar el avance que supuso el *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)*, al establecer *ipso facto* el acceso a la Corte Internacional de Justicia⁵¹, cláusula mucho más avanzada que la opcional establecida en el *Estatuto de la Corte*, la cual está sujeta a la declaración unilateral adicional que formulen los Estados en ejercicio de su Soberanía.

Ambos títulos jurisdiccionales son autónomos, autosuficientes y tienen vida independiente⁵². La Corte estimó que,

“...el compromiso del artículo XXXI del Pacto es independiente de la declaración de aceptación de la jurisdicción compulsiva tal como haya sido hecha bajo el artículo 36, parágrafo 2, del Estatuto...”

Por otra parte, el *Pacto* mismo establece dos maneras diferentes de acceder a la Corte. Sobre el tema, la Corte ha dicho:

“...En resumen, los artículos XXXI y XXXII proveen de dos modos distintos por los cuales puede accederse a la Corte. El primero se refiere

51 Ver Arto. XXXI del *Pacto de Bogotá*.

52 Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment, I.C.J. Reports 1988.

a casos en los cuales la Corte puede ser requerida directamente, y el segundo, en aquellos en que las partes inicialmente recurrieron a la conciliación... el procedimiento en cuestión no tiene que haber fracasado definitivamente antes de iniciar un nuevo procedimiento. Es suficiente si... el procedimiento inicial ha llegado a una suspensión en circunstancias tales que pareciera no haber perspectivas de que sea continuado o reasumido.”

El *Pacto de Bogotá* se convierte entonces, en un modelo ideal para la jurisdicción internacional, toda vez que no exige declaración expresa adicional a la que ya figura en el propio instrumento interamericano.

Si bien es cierto el *Pacto* no tiene el número deseable de ratificaciones, ello no parece motivo suficiente para desmerecer su valor. Como decía el ilustre maestro Eduardo Jiménez de Aréchaga, “no cabe medir la eficacia de estos acuerdos de pacificación por la frecuencia de su utilización, ya que su mera existencia ejerce una función preventiva, desalentando planteamientos abusivos o carentes de todo mérito”⁵³

En realidad, hay que reconocer, como ha indicado Jean Michel Arrighi⁵⁴, que las disputas de hoy se han venido dando más en el ámbito interno que en el ámbito de las relaciones entre los Estados. Esto ha sido particularmente cierto en Centroamérica, donde los problemas han residido usualmente en el orden interno. He dicho en otras oportunidades, que posiblemente haya más dosis de solución en una gran cantidad de casos en la *Carta Democrática Interamericana* que en el *Pacto de Bogotá*. Igualmente posiblemente cierto es que había más dosis de solución en el *Pacto de Bogotá* que en el *Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca* en

53 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Tentativas de Reforma del Pacto de Bogotá. *Anuario Jurídico Interamericano* 1986. Washington- DC: Secretaría General de la OEA, 2006, p. 8.

54 Ver pie de pág. N° 39. p. 2-3.

muchos de los casos planteados entre Estados americanos bajo el último marco.

Recientemente, en el marco del 69º y 70º períodos de sesiones del Comité Jurídico Interamericano ha surgido una iniciativa de estudio, que retoma a su vez una iniciativa del Secretario General⁵⁵ en torno a la posibilidad de una Corte Interamericana de Justicia⁵⁶, cuyos antecedentes se remontan a la Quinta Conferencia Internacional Americana y la Octava Conferencia Internacional Americana.

El esfuerzo de los países americanos en torno a la solución pacífica, es de larga data y ha ejercido una influencia perdurable en el sistema mundial.⁵⁷

j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.⁵⁸

Este principio, nos vuelve al tema fundamental de una paz integral que solo puede encontrar asidero en la dimensión social de los procesos democráticos. En el fondo este principio trae a la mesa, la relevancia de los aspectos sociales y de la justicia en la Organización.

La idea de una paz fundada simplemente en consideraciones de ausencia de guerra y el papel tradicional de las organizaciones en relación al mantenimiento de la paz y la seguridad, recibe aquí un llamado de atención en el sentido de que la paz es fruto también, si se desea duradera, de la justicia y la seguridad social.

55 Temas Jurídicos del Informe Anual 2005-2006 del Secretario General de la OEA, Secretario General. OEA/Ser. D/III. 56.

56 VIO GROSSI, EDUARDO. CJI/doc.231/06 y CJI/doc.241/07.

57 Para una evolución histórica de estos esfuerzos, ver LEORO FRANCO, Galo. La Solución Pacífica de las Controversias: ¿Tema jurídico o político en América? En: *El Comité Jurídico Interamericano. Un Siglo de Aportes al Derecho Internacional*. Rio de Janeiro: Secretaría General de la OEA, 2006.

58 Ver por ejemplo, Capítulo VII Desarrollo Integral Arto 30 – 52.

Este principio vuelve a los fines humanos últimos de la Organización y destaca la importancia de los trabajos en torno a una Carta Social. El desarrollo integral destaca también como pilar esencial de una paz estable en el tejido de la Carta.

El extenso y documentado Informe “Aspectos Jurídicos de la Interdependencia entre Democracia y Desarrollo Económico y Social” (CJI/doc.190/05 rev.3) del miembro del CJI, Jean-Paul Hubert y la resolución del CJI⁵⁹ relativa a los aspectos jurídicos de la interdependencia entre desarrollo y democracia son totalmente pertinentes en esta reflexión ya que muestran la estrecha vinculación entre los derechos humanos en el área social, económica y cultural y el desarrollo, a la luz del carácter esencial de tales derechos en un modelo de democracia representativa.

La cooperación tiene por supuesto un lugar de honor entre los principios:

k) La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente

Hay un artículo en la *Carta* que siempre ha parecido excepcional y es el referido a una respuesta colectiva de los Estados ante una situación económica grave en circunstancias que un Estado no pueda superar con sus propios esfuerzos. Creo que este artículo de la *Carta* es reflejo preciso de la solidaridad de los Estados, más allá de la simple cooperación. Dice el arto. 37:

“Los Estados miembros convienen en buscar, colectivamente, solución a los problemas urgentes o graves que pudieren presentarse cuando el

59 CJI/RES. 106 (LXVIII-0/06) en la cual se reconoce que la democracia y la obligación para cooperar en el desarrollo tienen distinta normatividad, no obstante su interdependencia y que el desarrollo tiene un componente de derechos económicos, sociales y culturales que están consagrados en declaraciones e instrumentos jurídicos internacionales interamericanos en la esfera de los derechos humanos, parte esencial de la democracia y que su creciente ejecución fortalece el vínculo legal y la interdependencia entre la democracia, el desarrollo integral y el combate a la pobreza.

desarrollo o estabilidad económicos, de cualquier Estado miembro, se vieren seriamente afectados por situaciones que no pudieren ser resueltas por el esfuerzo de dicho Estado.”

Decisivo para la historia americana es el principio según el cual:

1) *Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.*⁶⁰

Ya lo dijo el Comité Jurídico Interamericano en su 70º período de sesiones, la no discriminación en materia de respeto a los derechos humanos, cubre todos los tipos de discriminación, tanto los que están expresamente indicados, como aquellos otros que se expresan como manifestaciones contemporáneas con características más particulares.

Los Derechos Humanos es un campo donde el Comité prestó una contribución decisiva para los futuros instrumentos que contendrían la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

No podría dejar de recordarse el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos en toda su gama política, civil, económica, social y cultural.

Hay un hecho que cambió todo el panorama de la acción colectiva de la Organización en materia de Derechos Humanos. Me refiero al caso donde el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue base para que el Órgano de Consulta indicase que la solución debería inspirarse, como una de sus bases, en el “Reemplazo inmediato y definitivo del régimen somocista” en Nicaragua.⁶¹

60 Hay por supuesto referencias al tema en la parte preambular (primer y cuarto párrafo). Son Artículos relacionados de la *Carta*, entre otros, los Artículo 45 y 106.

61 Resolución II del 23 de junio de 1979 del Órgano de Consulta(XXVII (Reunión de Consulta)

Como el autor ha dicho en otras oportunidades, esa resolución abrió una brecha en el Derecho internacional que, aún hoy, no ha terminado de cerrarse⁶².

Un aspecto interesante que se ha venido desarrollando a nivel interamericano es el concepto de “garantía colectiva”, que se ubica, a juicio del autor, bajo el principio de solidaridad americana y el deber de dar respuesta ante la afectación de un interés esencial a la Organización.

Bajo este principio de garantía, dice el Comité de Derechos Humanos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que “*Todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana son obligaciones erga omnes y que ...existe una obligación estipulada... de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales...toda violación de los derechos... por cualquier Estado Parte merece ser objeto de su atención. Señalar las posibles violaciones de las obligaciones... por parte de los Estados Partes y pedirles que cumplan sus obligaciones... debe ser considerado, lejos de cómo un acto poco amistoso, como un reflejo del interés legítimo de la comunidad*”⁶³.

Un principio de gran relevancia consiste en que:

m) *La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda*

62 Herdocia Sacasa, Mauricio. Soberanía Clásica, Un principio Desafiado... ¿Hasta Dónde?

63 Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos del Pacto. Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties in the Covenant: 26/05/2004CCPR/C/21/Rev.1/add.13 (General Comments) Citado por la CIDH en su Informe No 11/07 Caso Interestatal 01/06 Inadmisibilidad. Nicaragua c. Costa Rica. OEA/Ser/L/V/II.127 del 8 de marzo de 2007

su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.⁶⁴

Este principio concilia la diversidad cultural y la unidad espiritual del continente haciéndolos reposar en el respeto, la promoción de los valores propios e identidades y la cooperación. La integración de ambos valores (diversidad y unidad) marca en el fondo un diálogo fructífero entre educación, ciencia y cultura que tiende precisamente a favorecer la comprensión y realizar “las altas finalidades de la cultura humana”.

El último principio indicado en el arto. 3 de la *Carta* indica que:

n) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.⁶⁵

Este principio nos vuelve a la idea de una educación interamericana basada en valores de justicia, libertad y paz, efectuada tanto a nivel formal en las instituciones de educación como informal, en los medios de comunicación y seminarios *ad hoc*. Un desafío de la Organización es impulsar los valores que marcan los principios de la *Carta* se transformen en conciencia y que pasen a formar parte de una cultura interamericana.

IV. NOTAS FINALES

Algunas notas finales:

Un punto que parece trascendental aclarar, es que la relativización de ciertos principios de Derecho Internacional, como la propia Soberanía o el principio de No Intervención, no significa en modo alguno, una abrogación de tales principios. Todo lo contrario, esa relativización es producto, precisamente, del hecho natural

64 Ciertos artículos relacionados de la *Carta* son el Artículo 17 y el Artículo 52.

65 El Artículo relacionado de la *Carta* es el Artículo 49.

de la evolución de una sociedad internacional. En virtud de este proceso, una gran cantidad de asuntos que antes eran materia discrecional y reservada a la jurisdicción exclusiva interna, han pasado a regularse bajo el Derecho Internacional en razón de la capacidad soberana que tienen los Estados de imponer restricciones, esencialmente convencionales, a sus propias competencias, o bien, de establecer un marco regulador común.

Al ir desapareciendo la premisa de un Estado absoluto e invulnerable, amparado contra cualquier intromisión en toda la gama originaria de asuntos internos –así fuesen los derechos humanos- es lógico que el escudo de la no intervención deja de funcionar para aquellas áreas –otrora internas- que los Estados mismos han transformado – por voluntad soberana- en materia internacional. Para todo lo demás, el valor del principio de No Intervención es imperativo y se mantiene inalterable. No existe entonces ninguna contradicción. La Intervención prohibida funciona plenamente en todas aquellas materias en las que el principio de soberanía les permite a los Estados disponer con libertad⁶⁶. Si esa Soberanía ha pactado en contrario, o existe una norma de Derecho Internacional consuetudinario que así lo disponga, el área en cuestión ha pasado entonces a regirse por el *jus gentium*. Por el contrario, si se afecta un área donde corresponde al Estado decidir libremente, se habrá afectado el principio toral de la No Intervención.

Dentro del contexto anterior, vale la pena tener presente nuevamente el célebre fallo sobre el Canal de Corfu⁶⁷, -recordado y ampliado después por el fallo en el caso de Nicaragua- donde la Corte había indicado que el “...pretendido derecho de intervención no puede ser considerado sino como la manifestación de una política de fuerza, política que, en el pasado, ha dado lugar a los abusos más graves y que, cualquiera que sean las deficiencias

66 ICJ Reports, 1986, par.205.

67 Corfu Channel. Reports, 1949, p.35.

presentes de la organización internacional, no pueden tener un lugar en el Derecho Internacional”.

Sin lugar a dudas, han nacido nuevos principios en nuevas realidades; pero ello no implica entonces la derogación de los anteriores. Tales principios entran en un régimen de cooperación e interdependencia que, asegurando a cada uno su propio espacio, contribuyen al objetivo común de un orden justo, racional y humano en la Comunidad Americana de Naciones.

La *Carta de la OEA* tiene en su artículo 1, segundo párrafo, un “Principio de Legalidad” irreprochable, según el cual la Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la propia *Carta*, ninguna de cuyas disposiciones le autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.

La Soberanía está regida por el Derecho. El hecho de que su ejercicio se haya relativizado y limitado, no significa el ocaso de la Soberanía, sino un cambio necesario que la enriquece con nuevas dimensiones, actores y modalidades. Antes que eclipsarse, la Soberanía surge bajo una nueva luz que expresa una visión completamente renovada del poder y su utilización por parte del Estado.

No debe olvidarse que la soberanía ha significado el poder de consentir; el poder de abrir espacios a la corriente de humanización; el poder de concertar un conjunto de normas que auto-limitan los espacios de actuación del Estado, para que las personas y los pueblos puedan también desarrollar sus espacios vitales.

En ese sentido, los progresos en el ámbito de la Democracia y los Derechos Humanos son realmente enriquecimientos de la Soberanía, en su sentido más amplio, y pruebas de su poder de transformar el estado de las cosas y ubicarlas en **un grado más alto, profundo y pleno de humanidad.**

Bajo su capacidad de transformación, la Soberanía ha abierto espacio al proceso de humanización del Derecho Internacional y muestra su perfil de **responsabilidad** como nunca antes, así **como su capacidad de posicionarse al servicio útil y solidario de las poblaciones.**

V. ALGUNAS SUGERENCIAS DE PROPOSICIONES

Interesaría dejar tres ideas que parecen importantes:

La primera es la reafirmación rotunda y categórica en el sentido de que estos 14 principios - interconectados con los demás - son la columna vertebral de la *Carta*. Ellos albergan los valores esenciales del Sistema Interamericano y se desarrollan a lo largo de los XXII capítulos de este instrumento constitutivo.

De su adecuada comprensión, difusión, plena vigencia, cumplimiento y fortalecimiento, dependerá el futuro del Sistema.

Debe tenerse siempre que no se trata de principios estáticos, son realmente principios que dinamizan el proceso de creación del Derecho Internacional y acompañan a la Organización en la evolución de su acervo jurídico y humano, ordenando, dando sentido y coherencia a la labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, labor a la que sirven de inspiración, norte y motor.

La segunda idea es que debería haber un esfuerzo de promover una cultura interamericana fundada en esos principios como bases para la paz, la seguridad y las relaciones de amistad, solidaridad y cooperación entre los Estados y la realización de los propósitos de la *Carta*. Debería institucionalizarse cada cierto tiempo, una sesión especial del Consejo Permanente para reflexionar sobre los principios y la forma de potenciar su aporte, vigencia y actualización. La promoción de seminarios especiales y acciones

concretas en los programas educativos en los Estados miembros, es también una tarea primordial para difundir los principios con el apoyo de la sociedad civil y los medios de comunicación.

Finalmente, sería deseable también reflexionar sobre un mecanismo que permita evaluar y medir la evolución y vigencia de estos principios de cara a su interdependencia y complementariedad; con miras a una mejor interpretación de la propia *Carta* y ante la necesidades de complementación y desarrollo normativo que plantea el mundo actual en las sucesivas transformaciones y remodelaciones que sufre la realidad y que el derecho debe encauzar bajo un ordenamiento justo, adecuado y solidario.

Nuestra época está obligada a dar un testimonio elocuente en la transformación irrevocable del Derecho Internacional clásico. El nuevo derecho emergente debe conjugar y equilibrar, con sabiduría, los espacios de acción de los múltiples sujetos y actores que conviven en el escenario internacional mundial, cada uno con su propio y legítimo ámbito de actividad, pero en estrecha interdependencia, complementariedad, solidaridad y co-responsabilidad. Los principios de la *Carta* apuntan a esos propósitos.



EL INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA (INEJ), Fundado en 1995 es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación y la región produciendo e innovando conocimientos a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

Esta obra, dirigida por los Profesores Sergio J. Cuarezma Terán Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y docente e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), y Rafael Luciano Pichardo Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, constituye un análisis a las nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional que se desarrollan en América Latina y España en la actualidad.

www.inej.edu.ni