

**REVISTA
PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL**

2

Derechos Reservados
Dec.Leg. 822

Primera Edición: Octubre del 2000

© Derechos reservados conforme a ley
Tribunal Constitucional de la República del Perú
Jr. Ancash 390
Lima 1
Perú

Queda terminantemente prohibido la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopias sin autorización escrita del editor.

ISBN: en trámite
Hecho el depósito legal: en trámite

Cuidado de la edición impresa: Edgar Carpio Marcos

Diseño e Impresión - IMPRENTA BANCO DE LA NACIÓN
I
Impreso en el Perú -Printed in Perú

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director General

Dr. José García Marcelo

Director Ejecutivo

Dr. Edgar Carpio Marcos

Secretario de Redacción

Dr. Luis Saéñz Dávalos

Consejo Asesor

Dr. Alfredo Quispe Correa
Dr. José Palomino Manchego
Dr. Gerardo Eto Cruz
Dr. Mijail Mendoza Escalante

Las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente a sus autores. La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* no se solidariza necesariamente con su contenido.

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Jr. Ancash 390 - Lima 1

Perú

Telf. (51-1) 427-5814, Anexo 157

Fax: (51-1) 4275814, Anexo 208

Email: revista@tc.gob.pe

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA DEL PERÚ**

PRESIDENTE:

DR. FRANCISCO JAVIER ACOSTA SÁNCHEZ

VICEPRESIDENTE.

DR. GUILLERMO DÍAZ VALVERDE

MAGISTRADOS

DR. RICARDO NUGENT LÓPEZ-CHÁVES

DR. JOSÉ GARCÍA MARCELO

INDICE

Presentación	7
Colaboran en este número	9
ESTUDIOS:	
Giancarlo Rolla Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la justicia constitucional	13
Juan Espinoza Espinoza Nuevas fronteras de los derechos de las personas frente a los avances de la informática	39
Alessandro Pace Costituzioni rigide e costituzioni flessibili	85
Carlos Ruíz Miguel Las aporías del control de la inactividad del legislador	99
Humberto Nogueira Alcalá El Tribunal Constitucional chileno y sus competencias: situación presente y visión prospectiva	111
Tania Groppi Alle origini della rigidità costituzionale: le «costituzioni dei moderni» di fronte al fluire del tempo	135
Pablo Luis Manili El ejercicio incompleto del Poder Constituyente y el bloque de constitucionalidad en España	163
Alfredo Quispe Correa Los intérpretes de la Constitución	181
Luiz Pinto Ferreira A eficácia das normas jurídicas e a polémica das normas constitucionais inconstitucionais	191
Luis María Díez-Picazo Aproximación a la idea de derechos fundamentales	221
Jorge Alejandro Amaya La polémica «cláusula cerrojo» de la reforma constitucional argentina desde la óptica de la interpretación	233
César Ochoa Cardich Los derechos económicos frente a la globalización	261

Ernesto Alvarez Miranda ¿Presidencialismo para la democracia incipiente?	275
Pablo Lucas Murillo de la Cueva El tiempo de los derechos	281
Javier Tajadura Tejada El servicio de la cultura como deber y atribución esencial del Estado	291
Víctor Bazán Desmitificando la prohibición de ejercer el control de constitucionalidad de oficio en el orden federal argentino	301
Humberto Uchuya Carrasco Constitución y principios jurisdiccionales	323
Juventino Castro El Poder Judicial de la Federación Mexicana	347
Mijail Mendoza Escalante El Amparo como mecanismo de control de la constitucionalidad	363
Eloy Espinoza Saldaña Barrera Intimidad, libertades informativas y algunas técnicas para poder hacer frente a una disputa aparentemente inacabable	399

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Jorge Meléndez Saéñz Los principios constitucionales del proceso penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	419
Daniel Figallo Rivadeneyra Tribunal Constitucional y la protección de los derechos fundamentales (análisis cuantitativo)	439

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS

Joaquín Brage Camazano, <i>La Acción de Inconstitucionalidad</i> , UNAM, México 1998 (Gerardo Eto Cruz)	469
René Carre de Malberg, <i>Teoría General del Estado</i> , FCE, México 1998 (Jorge Carpizo).	473
Giuseppe de Vergotini, <i>Le Transizioni Costituzionali</i> , Il Mulino, Bolonia 1998. (Domingo García Belaunde)	479
Edgar Cárzo Sosa (Director), <i>Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional</i> , UNAM, México 1999 (Edgar Carpio Marcos)	481
Domingo García Belaunde, <i>Cómo estudiar Derecho Constitucional</i> Grigley, Lima 2000 (Luis Saéñz Dávalos)	483

PRESENTACION

La edición del segundo número de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* nos llena de alegría y contagia de optimismo.

Cuando emprendimos la tarea de materializar este proyecto, resultaba hasta cierto punto incierto el destino que habría de recorrer, pues es un hecho y así lo reconocimos en su momento, que publicaciones podía haber muchas, pero pocas realmente las que fortalecieran en el tiempo su anhelada continuidad. Dijimos que sin infraestructura es casi imposible mantener la pervivencia de una revista y no nos hemos equivocado, ya que sin el apoyo desinteresado de personas o instituciones siempre atentas al quehacer cultural, la voluntad por muy grande que fuese, hubiese terminado a la larga, por sucumbir.

Afortunadamente para nosotros la acogida del primer número fue bastante generosa. Y si aquel se caracterizó por un excelente repertorio de doctrina, este segundo volumen, no sólo repite los méritos de su antecesor, sino que los amplía en dirección a lo que se espera de una verdadera publicación especializada. Bajo dicho marco y tomando en consideración los aportes que se nos ha hecho llegar, el lector podrá apreciar que se han incorporado nuevas secciones a fin de otorgarle mayor sistemática a su contenido. Una primera, donde se consignan los estudios doctrinales, aquellos que en esencia generan profundos debates y tomas de posición en uno u otro sentido; una segunda, donde se aborda los temas estrictamente jurisprudenciales, esto es, pertenecientes a lo que se ha dado en llamar el derecho vivo; y una tercera, donde se da cuenta de las más recientes publicaciones en el tema constitucional, sección que, vale la pena señalar, no sólo tiene un sentido de opinión favorable sino incluso de decidido análisis crítico.

Sobre los ilustres investigadores que nos honran con su colaboración y que por cierto, son numerosos, no nos queda sino un expreso y sincero agradecimiento. Con su aporte ensanchan los horizontes de nuestra doctrina y sin duda nos orientan por derroteros de auténtica reflexión. Nuestro agradecimiento es también para todos aquellos amigos que, de modo directo o indirecto, nos apoyan y alientan a continuar en este compromiso intelectual, que no solo es personal sino que también es el compromiso del Tribunal Constitucional y de sus Magistrados. Especial deferencia nos merece el Banco de la Nación, gracias a cuyo esfuerzo material, ahora podemos disfrutar esta nueva producción.

Valga la oportunidad, una vez más, para rescatar la labor de nuestro Colegiado que ha sido permanente y efectiva, muy al margen de la situación excepcional por la que ha tenido que atravesar. Sus Magistrados hemos comprendido que por muy dificultosa que sea la ruta, los objetivos se alcanzan con trabajo y constancia. En ese norte nos encontramos y por ello agradecemos a quienes a diario y con auténtica esperanza, confían en nosotros.

José García Marcelo
Director

COLABORAN EN ESTE NUMERO

ALESSANDRO PACE

Profesor ordinario de Derecho Constitucional en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad La Sapienza de Roma (Italia)

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica y Universidad de Lima (Perú)

GIANCARLO ROLLA

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Siena (Italia)

CARLOS RUIZ MIGUEL

Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Santiago de Compostela (España)

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA

Catedrático de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile)

TANIA GROPPI

Profesora Asociada de Instituciones de Derecho Público de la Universidad de Siena (Italia)

PABLO LUIS MANILI

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)

ALFREDO QUISPE CORREA

Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres (Perú)

JUVENTINO V. CASTRO

Magistrado de la Suprema Corte Federal del Poder Judicial de México (México)

LUIZ PINTO FERREIRA

Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco y de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil del Curso de Derecho de la Facultad de Ciencias Humanas de Pernambuco (Brasil)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga (España)

JORGE ALEJANDRO AMAYA

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Ciencias Empresariales y Económicas (Argentina)

CESAR OCHOA CARDICH

Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ERNESTO ALVAREZ MIRANDA

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres (Perú)

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba (España)

JAVIER TAJADURA TEJADA

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del País Vasco (España)

VICTOR BAZAN

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (Argentina)

MIJAIL MENDOZA ESCALANTE

Asesor del Tribunal Constitucional (Perú)

JORGE MELENDEZ SAENZ

Asesor del Tribunal Constitucional (Perú)

ELOY ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA

Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ESTUDIOS

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DEMOCRÁTICO: EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Giancarlo Rolla

SUMARIO: 1. Justicia Constitucional y Derechos: dos bases del constitucionalismo democrático. 2. La justicia constitucional, institución esencial para la tutela de los derechos fundamentales. 3. La aportación de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la generalización y en la ampliación de los derechos fundamentales.

BREVE INTRODUCCIÓN

En esta ponencia no voy a afrontar de un modo orgánico el complejo tema de la contribución que ha proporcionado la jurisprudencia constitucional al desarrollo de los derechos fundamentales, sino que me voy a limitar a subrayar algunos aspectos de la fecunda relación entre derechos y justicia constitucional. Especialmente me propongo llamar vuestra atención en tres cuestiones que me parecen de una gran relevancia, tanto desde el punto de vista teórico como práctico:

1. La importancia que la justicia constitucional y el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona poseen en el Estado Democrático de Derecho, como bases de las modernas constituciones.
2. La incidencia de la justicia constitucional en la tutela efectiva de los derechos fundamentales.
3. La contribución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la articulación y la efectividad de los derechos fundamentales.

1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS: DOS BASES DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

1.1 Una primera y significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y justicia constitucional consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como “Estado Democrático de Derecho”, tal y como señala el art.1 de la Constitución española.

En lo que se refiere al primer pilar – es decir, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales que se refieren a la tutela y a la promoción del ser humano- la doctrina ha subrayado unánimemente la estrecha relación que existe entre constitucionalismo y derechos de la persona; los derechos fundamentales nacen con las constituciones, son –usando las palabras de Pedro

Cruz Villalón- una categoría dogmática del Derecho Constitucional¹. Como ha sido eficazmente subrayado, “el Derecho Constitucional nace junto con los derechos de la persona. Son los derechos que abren el terreno al constitucionalismo, a sus técnicas y a su evolución”².

Dicha relación se justifica tanto en el plano teórico como histórico.

Por lo que respecta al primero es suficiente fijarnos en las finalidades y los valores que han animado al constitucionalismo, que nace y se consolida para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al poder público del Estado moderno: viene a ser su razón de ser en la afirmación de la noción de “poder limitado”. De hecho, los principales institutos jurídicos que remarcen la evolución del Estado Liberal de Derecho – desde la separación de los poderes a la reserva de ley, desde la rigidez constitucional al principio de legalidad-terminan por garantizar y favorecer el disfrute de los derechos humanos.³

A pesar de las diferencias, también relevantes, que distinguen los diversos “modelos” históricos -esquemáticamente nos referimos a las dos grandes revoluciones liberales (la francesa y la americana) el constitucionalismo se ve nutrido de una raíz unitaria que se puede sintetizar en la intención de vincular el poder político con el respeto al principio de legalidad, así como de garantizar a los ciudadanos una defensa cuando sus derechos se ven conculcados por los comportamientos arbitrarios o por abusos de los poderes públicos⁴.

La relación entre constitucionalismo y garantías de los derechos parece que se confirma también bajo la perspectiva histórica. Como manifiesta la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que –después de haber afirmado que el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, representa el primer deber de cualquier asociación política –“afirma que toda sociedad en la que no estén garantizados los derechos no tiene una constitución”. De este modo, se introduce un nexo inquebrantable entre Estado Constitucional y garantía de los derechos fundamentales.

Dicha relación ha influido también en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales caracterizándolos –al mismo tiempo- como derechos subjetivos de la persona y como elementos esenciales del ordenamiento constitucional.

La terminología adoptada a propósito es variada, pero sobre este punto se puede subrayar una concordancia significativa de puntos de vista también por parte de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha hablado de “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”. Siempre el Tribunal Constitucional español

¹ Cfr., CRUZ VILLALÓN, Formación y evolución de los derechos fundamentales, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 162.

² Cfr., Onida, *La corte e i diritti*, Studi Elia, Milano, 1998, p. 1095

³ Cfr., Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, 1997

⁴ Véase: BLANCO VALDÉS, *El valor de la constitución*, Madrid, 1994.

ha afirmado que: "Los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva" (sentencia 245/91).

Por su parte, el juez constitucional italiano se ha referido a la noción de " principios supremos"⁵. para subrayar cómo la garantía y la tutela de un amplio corpus de derechos viene a definir el perfil de los ordenamientos democráticos constitucionales.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales a pesar de estar constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos- pueden ser considerados en toda su unidad, como elemento que caracteriza la forma de estado, desde el momento que pertenece a los valores supremos sobre los cuales se funda la constitución de un determinado país.

En otras palabras, entre constitución democrática y derechos fundamentales de la persona se establece una relación dialéctica según la cual, por un lado, la constitución – en cuanto fuente suprema del ordenamiento- constituye la base de su reconocimiento y de su tutela; por otra parte, el disfrute del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición esencial para la subsistencia del Estado Democrático de Derecho.

1.2 Por su parte, la institución de la Justicia Constitucional es parte de la relación entre constitución y derechos fundamentales creando una especie de triángulo equilátero, que une tres características del constitucionalismo contemporáneo: principio de legalidad, garantía de los derechos fundamentales y la justicia constitucional.

Oportunamente, el profesor Rubén Hernández Valle, en su texto sobre el Derecho procesal constitucional, ha relacionado la necesidad de la jurisdicción con el desarrollo del constitucionalismo y la afirmación de constituciones rígidas: como ha afirmado la necesidad de hacer eficaces las limitaciones que el Derecho impone al poder, explica y justifica la existencia de tribunales constitucionales dentro del moderno Estado de Derecho.⁶

Se consolida la idea de que la justicia constitucional representa un corolario natural del carácter rígido de las Constituciones. La justicia constitucional parece constituir la coronación y el enriquecimiento de los principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo –definible en términos de Estado Social, Democrático y de Derecho.

Del Estado Liberal de Derecho, la justicia constitucional valora el principio de legalidad, extendiendo el alcance de este principio a la misma actividad legislativa. Valora también el principio de la separación de los poderes,

⁵ S. n.1146 del 1988 de la Corte costituzionale italiana.

⁶ Véase: HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*. San José, 1995, p.30. Del mismo autor véase: *Escritos sobre justicia constitucional*, Colombia, 1997.

convirtiendo en justiciable, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, recíprocamente equiparados e independientes entre ellos.⁷

El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. En los sistemas actuales, el juez constitucional se considera como una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la carta constitucional reconoce a las personas individuales, a los grupos y a las estructuras organizadas de la sociedad.

Como recuerda el Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana, Livio Paladin, “en todos los ordenamientos que se caracterizan por una constitución rígida y extensa... ocurre que los derechos que se regulan a partir de los principios generales de la constitución se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales constitucionales”.⁸

2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, INSTITUCIÓN ESENCIAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1. Las relaciones entre la justicia constitucional y los derechos pueden ser analizadas también bajo otro punto de vista: el que se refiere a la aportación sustancial que los tribunales constitucionales han proporcionado en el plano de la mejora de la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Se trata –utilizando las palabras de la Declaración de Antigua sobre la justicia constitucional (Guatemala, 1992)– de considerar que “la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales”.

Es compartida de forma generalizada la conclusión de que la garantía es parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que

⁷ La doctrina italiana ha subrayado la estrecha relación entre justicia constitucional y principio de legalidad. Véase: CRISAFULLI, *Lezioni di giustizia costituzionale*. Padova, 1984, p. 222 ss;

⁸ Cfr., PALADIN, La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, p. 11. CARROZZA, La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema della regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito, in (Costanzo) *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 449 ss. Recuerda cómo la justicia constitucional es “una institución sustancialmente unitaria y homogénea, característica del constitucionalismo contemporáneo, cuya principal, aunque no exclusiva, función es ofrecer, mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y eventualmente de otros actos de los poderes públicos, un instrumento de protección de los derechos y de las libertades garantizados constitucionalmente más eficaz que aquellos ofrecidos tradicionalmente por los medios jurisdiccionales ordinarios”.

no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Se admite de un modo general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial.⁹

La inserción en el texto constitucional de amplios catálogos de derechos – aunque es necesario e importante- no permite percibir con inmediatez el grado de efectividad. La experiencia en derecho comparado nos muestra que en muchos ordenamientos existe una clara contradicción entre la lectura del texto constitucional con el nivel real de democracia del sistema y de la libertad ciudadana.

Es difícilmente refutable que unos estándares de tutela más elevados hayan obtenido –hasta ahora-, en los sistemas políticos en los que se ha insertado, la politización de los derechos de la persona en un ordenamiento inspirado en una dimensión más evolucionada del Estado de Derecho: en los que, por un lado, existan órganos jurisdiccionales independientes y profesionalizados; y, por otro, que se admita la posibilidad de que un juez pueda sancionar cualquier acto o comportamiento susceptible de violar un derecho fundamental.¹⁰

Dicho de otro modo, para evaluar la relevancia que tienen las declaraciones constitucionales de los derechos hay que considerar atentamente las formas de tutela de los mismos que prevé la Constitución, los instrumentos y las instituciones que permiten su efectivo ejercicio. Como ha afirmado el anterior Presidente del Tribunal Constitucional español, “nuestras Constituciones son hoy... textos normativos en los que se cifra la voluntad de autodefensa frente al árbitro del poder de las generaciones vivas que, titulares del poder constituyente, las han creado, pretensión ésta que alcanza operatividad mediante la predisposición de instrumentos jurídicos (en especial, jurídico-procesuales) que hagan posible que el espíritu y la letra del enunciado constitucional impregnen, con eficacia, el ordenamiento en un conjunto”.¹¹

2.2. Como es sabido, la doctrina ha subdividido las garantías constitucionales de los derechos en dos tipologías generales, distinguiendo entre garantías jurisdiccionales y garantías institucionales: éstas últimas –sustancialmente-

⁹ Cfr., CRUZ VILLALÓN, Formación y evolución de los derechos fundamentales, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988. Véase también: AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994; AA.VV., *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, Milano, 1994.

¹⁰ Cfr., Prieto Sanchís, Las garantías de los derechos fundamentales, en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, p. 327

¹¹ Cfr., RODRÍGUEZ BEREIJO, “La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997, p. 13.

pueden ser reconducidas a algunos de los principios típicos del Estado Democrático de Derecho (reserva de ley, principio de legalidad, separación de poderes, independencia del poder judicial, imparcialidad de la administración pública)¹²

Otros autores, desde la misma perspectiva, han diferenciado entre garantías generales, que se refieren a la organización de la comunidad política –y que se pueden llamar condiciones económico-sociales, culturales y políticas, que favorecen el ejercicio de los derechos fundamentales-, y garantías más directamente vinculadas al sistema jurídico como la protección judicial de los derechos fundamentales.¹³

En el pasado era habitual contraponer dos modelos distintos de tutela de los derechos: el francés que, basado en el principio de la soberanía parlamentaria, atribuía principalmente al legislador la tutela de los derechos fundamentales; el americano, que delegaba al juez el poder de concretar el valor general de la libertad de la persona que ha inspirado a los constituyentes.

Una línea de pensamiento consideraba la ley la fuente competente que determinaba el grado de disfrute de las libertades fundamentales y al Parlamento el órgano capaz, en su calidad de expresión de soberanía popular, de asegurar más eficazmente dichos derechos. Otra línea confiaba en el proceso judicial, cuya sede era la más adecuada para garantizar a los ciudadanos ante cualquier violación de los derechos.

Hoy en día, por el contrario, parece que ya se ha consolidado la convicción de que la ley y el juez no reflejan tanto dos modelos contrapuestos como dos instrumentos distintos pero complementarios para garantizar los derechos de la persona.

Sería un error debilitar la importancia de la ley para asegurar la tutela de los derechos. Por lo que se refiere a la efectividad de los derechos, la aportación del legislador no es secundaria, como se manifiesta cuando se tiene en cuenta que el disfrute de un derecho se deriva no sólo de la posibilidad de acudir a la justicia contra las vulneraciones del mismo, sino también de los medios y de los presupuestos necesarios para su disfrute.

En muchos casos es la ley la que confiere contenido jurídico concreto a las garantías ofrecidas por la Constitución, según un proceso “a dos tiempos” por el cual la carta constitucional proclama la garantía de un derecho, y después el legislador determina el contenido específico de la misma.

Por otra parte, la intervención del legislador es necesaria para implementar el contenido de los derechos constitucionales concretos de la persona y también para favorecer la ponderación entre posiciones subjetivas contrapuestas susceptibles de entrar en conflicto. Eso acontece de modo particular en el

¹² Cfr., FERNÁNDEZ SEGADO, “Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos”, en *Manuel Fraga: homenaje académico*, Madrid, 1997, p. 465 ss. Sobre la garantía institucional de los derechos, véase: SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998.

¹³ Cfr., PECES BARBA, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1980, p. 167

caso de los derechos sociales, de los derechos económicos y de los llamados "nuevos derechos", los cuales sólo poseen, de forma limitada, cobertura constitucional.

Como se ha defendido con solidez, "mientras el mejor legislador en materia de derechos de prestaciones negativas...es el que evita intervenir, el peor legislador en el sector de los derechos de prestaciones positivas es ...el que no interviene".¹⁴

Al mismo tiempo, la tutela administrativa de los derechos de la persona adquiere un papel creciente, siendo entendida desde la perspectiva tanto de la intervención directa de la administración para reforzar determinadas posiciones subjetivas, como de la disposición de adecuados órganos de tutela.

Por lo que se refiere al primer aspecto, se ha señalado oportunamente que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos precisa de un cierto protagonismo de la Administración pública. Su intervención es determinante para la erogación de servicios específicos cuya existencia es necesaria para asegurar los derechos de la persona; la intervención activa de la Administración pública es necesaria para asegurar el respeto al principio de no discriminación en el aprovechamiento de determinados servicios básicos, relacionados con el disfrute de derechos fundamentales de la persona.¹⁵

La acción de la Administración pública es importante también para introducir instrumentos de tutela dirigidos a sancionar los episodios de mala administración, que son susceptibles de menoscabar el disfrute efectivo de posiciones subjetivas constitucionalmente tuteladas.

Es interesante subrayar la creciente difusión en muchos ordenamientos de dos órganos administrativos que tienen la competencia para garantizar, directa o indirectamente, algunos derechos fundamentales de la persona: por un lado, los defensores del pueblo¹⁶ y, por otro, las autoridades administrativas independientes.¹⁷

2.3. Todavía se admite normalmente que los derechos de la persona se asocien a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales —es decir, derechos verdaderos y

¹⁴ Cfr., Pace, "La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni" in *Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, p. 109 ss.

¹⁵ Cfr., Martín Retortillo, "El paradójico protagonismo de la Administración pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994, n. 4, p. 11 ss; IDEM, "La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos", *Cuadernos de derecho judicial*, 1994, p. 9 ss;

¹⁶ Sobre la experiencia del Defensor del pueblo y del Ombudsman, véase: DE VERGOTTINI, "Ombudsman", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, p. 879 ss; STACEY, *Ombudsman compared*, Oxford, 1978; CALDERÓN, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, 1992; FAIREN GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, Madrid, 1986; ROWAT, *El Ombudsman en el mundo*, Barcelona, 1990;

¹⁷ Cfr., AA.VV., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997.

propios, normas objetivas de rango supremo –su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y los magistrados, sino también para el legislador.¹⁸

Con la introducción de las constituciones rígidas y la afirmación de la justicia constitucional se modifica la relación tradicional entre derecho y ley –que había caracterizado a la doctrina estatalista del siglo XVIII- según la cual los derechos se conformaban y existían en base a la ley. los derechos se reducían en muchos casos a la exigencia de comportamientos legales por parte del poder. Como decía Hobbes: “law and rights are often counfounded”¹⁹ : Con las constituciones rígidas, de hecho, los derechos vienen a ser un límite para la ley y, al mismo tiempo, un elemento que caracteriza a la Constitución. Parafraseando las palabras del *Federalist* se puede afirmar que “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida” y, por tanto, ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida”.

La mencionada conexión entre reconocimiento de un derecho y tutela jurisdiccional por parte de un Tribunal constitucional induce a individualizar en la tutela judicial el elemento principal que distingue los derechos de la persona como categoría y –por el contrario- a utilizar la ausencia de una efectiva justiciabilidad como parámetro para diferenciar los derechos fundamentales de aquéllos que no pueden ser considerados como tales.

En nuestra opinión se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades, según la eficaz y siempre actual afirmación de Cappeletti, que habla de jurisdicción constitucional de las libertades.²⁰ Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Europa y en Norteamérica y, por otro lado, la gran difusión que esta institución ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica y Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.²¹

¹⁸ Cfr., CAPPELETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955; AA.VV., *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, Milano, 1992; LÓPEZ GUERRA, “Protección de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá”, en *La justicia constitucional: una premisa de la democracia*, San José, 1992, p. 11 ss; CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987; AA.VV., *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Aix, 1987; AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994.

Para más información, véase: ROLLA, “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales”, *Revista española de derecho constitucional*, 1998, p. 39 ss.

¹⁹ Así: HOBBS, *Elements of law natural and politic*, Cambridge, 1928, p. 148. Para más información, véase: ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

²⁰ Cfr., CAPPELETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955

²¹ Cfr., AA.VV., *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997; GARCÍA BELAUNDE- FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; AA.VV., *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992.

En muchos ordenamientos, la actividad del Tribunal constitucional se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona y las principales decisiones han constituido una piedra angular en la evolución del papel del Tribunal Constitucional. A este propósito, es natural referirse a la Corte Suprema norteamericana del juez Warren, por el papel impulsor que ha tenido con respecto a la incompatibilidad de la esclavitud con la constitución, la superación de la discriminación racial, o en cuanto a la afirmación del derecho a una tutela judicial efectiva, o del derecho de crítica y de libre manifestación del pensamiento.²²

Del mismo modo, se puede apelar a la experiencia de la Corte Suprema de Canadá, que ha valorizado su papel de juez constitucional precisamente tras la aprobación de la *Charter of rights and freedoms*, desde el momento en que la introducción de un documento constitucional vinculante para el Parlamento y para el Gobierno de Canadá (art. 31 de la *Constitution Act*) ha hecho madurar el reconocimiento de que existen unos derechos propios de los ciudadanos que pueden ser tutelados judicialmente frente a la acción arbitraria de los poderes públicos.²³

No ha sido menor el papel desempeñado por el juez constitucional en Italia, a quien se debe el mérito de haber eliminado del ordenamiento jurídico, frente a la inercia del legislador ordinario, gran parte de la legislación anterior a la Constitución, incompatible con los derechos de la persona garantizados en la carta constitucional. Es interesante ver cómo en Italia el proceso de positivización de los derechos fundamentales y de “desfascistización” del ordenamiento no se haya conseguido tanto por el Parlamento, sino por una “alianza tácita” que ha unido a los jueces comunes –que se encargaban de promover las cuestiones de legitimidad constitucional- y la Corte Constitucional.²⁴

2.4. A la luz de estas consideraciones puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional en base a las técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno

²² Véase: AA.VV., *Giustizia costituzionale e diritto dell'uomo negli Stati Uniti*, Milano, 1992;

²³ Cfr., ROLLA, “La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese”, *Quaderni cost.*, 1996, p.197 ss.; AGRESTO, *The Supreme Court and constitutional democracy*, Toronto, 1984; STRAYER, *The Canadian constitution and the Courts: their function and scope of judicial review*, Toronto, 1983; MANFREDI, *Judicial power and the charter*, Toronto, 1992;

Véase: SHARPE, *Ordinamento giudiziario e giustizia costituzionale*, in (Olivetti - Pegoraro) *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, p.164 ss.

²⁴ Cfr., ZAGREBELSKY, “La giurisdizione costituzionale”, en (Amato - Barbera) *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1987, p. 506 ss.

Sobre la influencia del Tribunal constitucional italiano en la renovación de las instituciones y del sistema democrático: AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978; AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982. Véase: ROLLA, “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, *Cuadernos de derecho público*, 1998, p.137 ss.

abandonar la tradicional clasificación entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes; y un modelo orientado directamente hacia la defensa de los derechos.

En el primer caso, tiene relevancia, sobre todo, las competencias de los Tribunales Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y en temas de conflicto entre los poderes del Estado. En el segundo, por contra, es fundamental la previsión de recursos directos contra todos los actos de los poderes públicos –y, en algún caso, también de los particulares-. En este último caso, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional, “es defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos y no una defensa objetiva de la Constitución”.²⁵

Bajo el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, los modelos de justicia constitucional pueden ser diferenciados en:

a) sistemas en los cuales la jurisdicción constitucional de las libertades es muy amplia. Es el caso, en Europa, de la República Alemana (art. 90). Mientras en Iberoamérica se puede subrayar la fundamental experiencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que goza de amplias competencias tanto en materia de *habeas corpus*, como de recurso de amparo. La doctrina, a propósito, ha distinguido cuatro categorías de *habeas corpus* (reparador, preventivo, restringido, correctivo); y ha subrayado la amplitud del recurso de amparo, que puede ser contra actos, por hechos, por omisiones o por amenazas.²⁶

b) sistemas en los que la jurisdicción constitucional de las libertades opera de modo amplio, pero está sometida a algunas limitaciones bajo la figura de los actos justiciables ante el juez constitucional. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, los recursos son admisibles sólo contra los actos de algunos poderes públicos, no de todos: es el caso, por ejemplo, del art. 84 de la ley sobre la organización judicial federal suiza de 1943, que limita el ámbito de aplicación del recurso a la impugnación de los actos de las autoridades cantonales; del recurso constitucional austríaco que no es utilizable para reparar violaciones de los derechos imputables al poder legislativo, al poder judicial o los actos de la administración sometidos al derecho privado. En otros ordenamientos, por el contrario, no se prevén recursos hacia los actos de los privados, si bien se busca superar este límite por vía interpretativa. Es el caso, por ejemplo, de España en cuya Constitución quedaba abierta la posibilidad de

²⁵Cfr., Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985, p. 12. Véase también: RUBIO LLORENTE – JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998.

²⁶ Véase: RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, La jurisdicción constitucional en Costa Rica. en (GARCÍA BELAUNDE – FERNÁNDEZ SEGADO), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 515 ss.

Sobre la jurisdicción constitucional en Costa Rica: ORTIZ. “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, *Revista española de derecho constitucional*, 1995, p. 65 ss; SAGUES. “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, *Revista de estudios políticos*, 1991, p. 471 ss.

que el legislador admitiera también el amparo contra las violaciones de derechos fundamentales cometidos por particulares; pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha utilizado esta posibilidad y ha limitado el amparo a la tutela de los derechos frente a las ataques de los poderes públicos. Aunque la jurisprudencia constitucional ha intentado remediar dicho límite admitiendo en algunos casos el recurso de amparo en las relaciones entre particulares.²⁷

c) sistemas que se colocan en una posición intermedia, en la frontera entre los dos modelos, ya que –aunque no prevén formas de recurso directo, sino sólo cuestiones referentes a la constitucionalidad de las leyes– consiguen una salvaguardia sustancial de los derechos lesionados, concretamente a partir de formas de control directo de constitucionalidad, o de la relación directa que se instaura, en virtud de las cuestiones de inconstitucionalidad, entre el juicio de constitucionalidad de las leyes y el proceso que ocasiona el juicio del Tribunal Constitucional. En esto caso, resultaría incorrecto negar que tras la objetividad del juicio se esconde, también, la voluntad de proteger los derechos concretos lesionados por el uso indebido del legislador de su discrecionalidad política o por la aplicación indebida que viene dada por los poderes públicos en las disposiciones de ley. La tutela del ordenamiento y la protección de diferentes posiciones subjetivas no son cuestiones antitéticas, sino que representan, antes bien, dos aspectos complementarios, máxime si consideramos que “el ordenamiento es siempre más objetivo y justo cuanto mayor, intensa y directa es la defensa de los derechos”.²⁸

d) sistemas, finalmente, en los que la garantía de los derechos permanece en su totalidad de forma indirecta. Es emblemático el ejemplo del Consejo Constitucional francés, que ejerce sobre las leyes un mero control preventivo y se erige esencialmente como regulador de la actividad de los poderes públicos más que como protector de los derechos y de la libertad.²⁹

2.5. Precisamente por las razones –de orden dogmático, histórico o político– que hemos remarcado, se están difundiendo ampliamente los procedimientos constitucionales dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la persona, permitiendo que el ciudadano que sienta conculcado alguno de sus

²⁷ Véase: OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*. Palma, 1986, p. 260 ss. En cuanto al tema de recurso de amparo en España: FERNÁNDEZ FERRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994; AA.VV., *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en (RUÍZ RICO RUÍZ) *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, 1997; SÁNCHEZ MORÓN, *El recurso de amparo constitucional*, Madrid, 1987; RUBIO LLORENTE- JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, p. 31 ss; RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, p. 125 ss; ARAGÓN, “Consideraciones sobre el recurso de amparo”, en (edición de Romboli), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 165 ss;

²⁸ Cfr., Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990, p. 608

²⁹ Cfr., ZANON, *L'exception d'inconstitutionnalité en France: une réforme difficile*, Torino, 1990;

derechos garantizados por la constitución pueda recurrir incluso al juez constitucional.

En Europa, el acceso directo a la justicia constitucional está previsto –por ejemplo- en el art. 90 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el art. 82 ss de la ley sobre el Tribunal constitucional austríaco, o también en el art. 41 ss de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional español-

Pero dicha forma de tutela ha tenido un desarrollo particular, sobre todo en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos.³⁰

Más allá de la terminología que se utiliza de forma variada –*habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de seguranga*, *amparo*, *acción de tutela* –dichas instituciones de garantía constitucional de los derechos pueden ser clasificados bajo un doble punto de vista.

a) Al considerar la naturaleza de los derechos justiciables ante el Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre instrumentos de garantía general o sectorial.

La experiencia más extendida y significativa del segundo tipo lo constituye la institución del *habeas corpus*, la cual consiente impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos susceptible de incidir en la libertad personal, así como de circulación y estancia. Estos instrumentos de garantía resultan limitados por el hecho de que, por un lado, tutelan al ciudadano frente a las agresiones de los poderes públicos a sus derechos, pero no de otros poderes privados; mientras que, por otro lado, limitan la garantía de los derechos históricos de la persona –esencialmente de libertad personal y de movimiento-.

Se puede considerar que este tipo permite la difusión de la institución del amparo constitucional y refuerza el nivel de tutela de los ciudadanos, con el objetivo de tutelar a los ciudadanos frente a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales tutelados por las constituciones.

b) En otros casos, a su vez, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, particularmente, tras ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones de los poderes públicos, y ordenamientos que permiten recurrir también contra los privados.

GAMBINO, *Sistema delle fontio e controllo di costituzionalità*. Torino, 1988.

³⁰ La doctrina en español sobre el amparo es muy amplia. Véase: BURGOA, *El juicio de amparo*, México, 1968; CAMPOS, *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961; SENDRA LLOBREGAT, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994; GARCÍA MORILLO, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985; FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo mexicano v el derecho constitucional comparado*, en *Studi in onore di Biscaretti di Ruffia*, Milano, 1987, pp. 411 ss; BELAUNDE, "El habeas corpus en América Latina". *Revista de estudios políticos*, 1997, p. 104 ss. Para un estudio orgánico del amparo en los sistemas constitucionales iberoamericanos: GARCÍA BELAUNDE – FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ SEGADO, *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, cit. p. 463 ss; AA.VV., *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997.

En el primer caso, las constituciones han optado por formulaciones generales, admitiendo los recursos en todos los casos que la presunta violación provenga de los poderes públicos. En España, según el art. 41 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Formulaciones similares se encuentran también en la Ley de Procedimientos Constitucionales en El Salvador (art. 12), en la Constitución de Panamá (art. 50), en la Constitución de Bolivia (art. 120), en la Ley de Amparo de Guatemala (art. 9).

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de privados que lesionan derechos garantizados constitucionalmente introducen, en general, límites particulares. Por ejemplo, la Ley de Amparo en Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: a) el privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; b) cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; c) cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; d) cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales.³¹

Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de *habeas data* puede elevarse contra particulares destinados a promover informes, y los susceptibles de generar información.³² En Brasil, el *mandado de securanga* se puede accionar sólo en el caso de particulares que ejerzan funciones públicas³³; en Guatemala el amparo puede presentarse contra las entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes”.³⁴

³¹ Cfr., Rubén Hernández Valle, La jurisdicción constitucional en Costa Rica, en (García Belaunde-Fernández Segado) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 521; HERNÁNDEZ TREJOS, *La tutela de los derechos humanos*, San José, 1978.

³² Cfr., Nestor Pedro Sagües, Instrumentos procesales protectores de los derechos en Argentina, cit., p. 316; BIDART CAMPOS, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1965; FALCÓN ENRIQUE, *Habeas data*, Buenos Aires, 1996; SERRA, *Recursos y procesos constitucionales*, Buenos Aires, 1992; VANOSSI, *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984; DALLA VIA, “La justicia constitucional en Argentina”. en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997, p. 35.

³³ Cfr., LUIZ PINTO FERREIRA, “Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., p. 426 ss; GONÇALVES FERREIRA FILHO, “La justicia constitucional en Brasil”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997, p. 57 ss.

³⁴ Cfr., FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO –DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* cit., p. 736; GARCÍA

Mientras, en Colombia, la ley enuncia taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, individualizándolos en los casos de: a) ejercicio de cualquier servicio o función públicas; b) organización privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; c) contra aquél que viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; d) cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; e) para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.³⁵

3. LA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA GENERALIZACIÓN Y EN LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

3.1. Por último, la relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales de la persona se puede afrontar analizando el papel que ejercen los tribunales constitucionales en la difusión, generalización y en la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales.

Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa —en verdad— un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios.³⁶

De hecho se suele considerar que el juez constitucional no es sólo interprete y juez, sino también creador de normas jurídicas. Dicha condición se determina, en los casos de tutela indirecta de los derechos, bien reconociéndoles a las decisiones el valor vinculante del precedente, o bien extendiendo progresivamente la naturaleza vinculante de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos contenidos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios. Se considera, por ejemplo, el art. 164.1 de la Constitución Española, según el cual, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley tiene plenos efectos frente a todos; pero, sobre todo, el art. 40.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual, “la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia que recaída sobre leyes,

LAGUARDIA, “La justicia constitucional en Guatemala”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997, p. 207 ss.

³⁵ Cfr., EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* cit., p. 484

³⁶ Cfr., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo”, en *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996, p. 17 ss.

disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad".³⁷

Por su parte, en los casos en que los tribunales constitucionales ejercen una defensa directa y plena de los derechos de la persona, su posición dentro del sistema de poderes y de relaciones con el ordenamiento judicial adquiere una particular caracterización: de hecho, sus pronunciamientos en tema de derechos adquieren una eficacia general y una fuerza sustancial como precedente en las de los jueces comunes. Véase, a propósito, el art. 31 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Alemán, que afirma "todas las decisiones del tribunal constitucional tienen carácter vinculante para los órganos constitucionales del Estado central y de los Länder, así como para todas las autoridades judiciales y administrativas".

En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las Cartas constitucionales, como por las normas concretas que se derivan de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han dispuesto de dichas disposiciones.

3.2. En primer lugar, los jueces constitucionales cumplen una función cívica, de educación para la democracia: puede ser correcto hablar del papel didáctico de las cortes constitucionales, consistente en su capacidad de instaurar la cultura de los derechos fundamentales, de hacer perceptible ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.

Partiendo del mismo espíritu, el grupo de expertos creado por la Unión Europea en materia de derechos fundamentales para valorar la oportunidad de crear un *Bill of Rights* europeo, ha concretado entre sus tres objetivos fundamentales el de asegurar la "visibilidad" de los derechos ("*fundamental rights must be visible*").³⁸

Dicho objetivo se concreta, en numerosas constituciones, a través de una especificación analítica de las posiciones subjetivas relacionadas con el ser humano sujetas a la garantía constitucional; pero no debe olvidarse que el mismo resultado se consigue también —y con efectos más coercitivos desde el punto de vista jurídico— a través de una precisa y clara jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Una de las características externas del constitucionalismo contemporáneo la constituye el impulso a la universalización de muchos derechos de la persona:

³⁷ Cfr., ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*. Napoli. 1986, p. 278 ss

³⁸ Cfr., AA.VV., *Affirming fundamental rights in the European Union*. Luxemburgo. 1999, p.1. En particular, los autores afirman que "it is crucial to express and present fundamental rights in way that permits the individual to know and access them.....their current lack of visibility not only violate the principle of transparency, it also discredits the effort to create a 'Europe of citizens'".

durante este último decenio en muchos Estados se han aprobado cartas constitucionales que -más allá de las especificidades históricas, de la diversidad en las formas de gobierno y de Estado- tienden a homologarse bajo el perfil de la clasificación de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales. Dicha tendencia parece acercar realidades constitucionales bastante diferentes, como las de los Estados de la Europa central y oriental³⁹, las recientes constituciones de la América Latina⁴⁰ y de África⁴¹.

En una aproximación de naturaleza formal, basada en la lectura de los textos de las Constituciones, se podría afirmar que el fenómeno de la globalización se está extendiendo desde la economía a las estructuras constitucionales, desde los mercados financieros al sector de los derechos fundamentales de la persona: como si éstos representaran “una moneda única”, con un valor legal en la mayor parte de los ordenamientos.

Este dato no debe, sin embargo, llevarnos a engaño; de hecho, los niveles efectivos de garantía de los derechos fundamentales de la persona son bastante diversos en los diversos ordenamientos. En general, los estándares de tutela son más elevados en aquéllos donde el reconocimiento de determinados derechos expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, y constituye el reflejo de un convencimiento más que una prescripción meramente formal. La garantía de los derechos es más sustancial allí donde entran a formar parte del sistema de valores, de la cultura sustancial de un determinado país.

No parece, a nuestro parecer, acertado afirmar que los derechos fundamentales de la persona encuentran su fundamento en la naturaleza o en el Estado, sino en la *polis*, a través del pacto constitucional que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes. No cabe duda de que

³⁹ Se considera especialmente el ejemplo de las Constituciones de Hungría, Polonia. Cfr.: R. Wieruszkeski, “Human Rights and Current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries”, in *The Strength of Diversity*, Boston, pp. 187 ss.

Sobre el proceso de desarrollo constitucional en el Este de Europa: WWRZYNIACKI, *La Polonia e le sue costituzioni dal 1791 ad oggi*, Rimini, 1993; BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro orientale*, Bologna, 1993; POGANY, *Human Rights in Eastern Europe*, Elgar, 1995; HOWARD, “Costituzioni e diritti nell'Europa centro-orientale”, en *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994.

⁴⁰ Cfr. VILLA, “Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991”, *Debate abierto*, 1992, pp. 9 ss.; RUBÉN HERNÁNDEZ, *Las libertades públicas en Costa Rica*, San José, 1980; CHAVARRÍA, “Nuevos aspectos en el estudio de los derechos humanos y la lucha por su defensa en el estado mexicano”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1995, pp. 1053 ss.; LÓPEZ GUERRA, “Protección de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá”, en *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, pp. 11 ss.; BAUER, *Los derechos humanos en América*, Guatemala, 1987; BRYSK, *The Politics of Human Rights in Argentina*, Stanford, 1994.

⁴¹ Cfr., OLINGA, “L'aménagement des droits et libertés dans la Constitution cameranouais révisé”, in *Revue universale des droits de l'homme*, 1996, n. 8, pp. 116 ss.; NGUEMA, “Human Rights Perspectives in Africa”, in *Human Rights Journal*, 1990, p. 261; ELIAS, *Africa and the Development of International Law*, Nijhoff, 1988.

los tribunales constitucionales, en virtud de la autoridad que se deriva de su posición constitucional, contribuyen de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social por lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado Democrático de Derecho.

En muchos ordenamientos, el juez constitucional está considerado por la opinión pública como el principal defensor de la Constitución y de los derechos en ella recogidos. Ello permite comprender la autoridad y prestigio que los tribunales constitucionales han alcanzado.

3.3. Más allá de su papel educativo, los tribunales constitucionales cumplen una función de tipo informativo, si tenemos en cuenta que su jurisprudencia, en materia de derechos fundamentales, constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. Las decisiones más relevantes al respecto se pueden comparar con las escenas del pintoresco teatro del mundo contemporáneo: donde toma cuerpo la lucha cotidiana por la vida, por la dignidad, por la libertad humana.⁴²

De hecho, el examen de los *leading cases* permite comprender, por un lado, la evolución democrática de los sistemas constitucionales y, por otro, las profundas disparidades existentes entre los ordenamientos que también invocan formalmente a la tradición del constitucionalismo.

Se pueden, por ejemplo, confrontar las cuestiones que afrontan los jueces constitucionales en los países con una democracia madura —mayormente en los países con problemas de tutela de la persona provocados por el desarrollo cultural, el progreso científico y tecnológico, y el carácter multicultural de la sociedad— con las decisiones de los tribunales constitucionales en ordenamientos con una democracia inestable —donde se discute sobre el derecho a la vida, derecho a una sepultura, derecho a un juicio justo. El *right to die*, al que se ha encarado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., se contrapone emblemáticamente con el *derecho a la vida* tutelado en diversos juicios en América Latina

En particular, es importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado Democrático de Derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales. Sobre todo, en los ordenamientos en los que se reconoce la competencia de los tribunales constitucionales también con respecto a las leyes y a la normativa anterior a la entrada en vigor de la Constitución.⁴³: de este modo, se subraya con mayor evidencia el valor de “ruptura” que la nueva constitución trata de marcar frente al régimen precedente.

⁴² Cfr., LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, 1998, p. 101.

⁴³ Cfr., ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, p. 197 ss

Diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al degorar las disposiciones preconstitucionales incompatibles recurriendo –sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona- a la noción de inconstitucionalidad sobrevenida.

En la República Federal Alemana, cabe destacar el art. 123 cost., según el cual las leyes anteriores a la primera reunión del Bundestag permanecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la Ley fundamental. En Italia, el juez constitucional admitió, desde su primera sentencia en 1956, su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional. Igualmente, en España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad sobrevenida de esta última, invalidándola; también ha consentido que el juez ordinario pueda no aplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.⁴¹

Con estas decisiones, los tribunales constitucionales han convertido en vitales los principios constitucionales y las normas en materia de derechos fundamentales, difundiendo su conocimiento a todo el cuerpo social. Además han supuesto un estímulo desde el momento en que no sólo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegítimos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales, aunque se basen en leyes anteriores todavía vigentes.

De este modo, los tribunales constitucionales pueden asegurar los derechos fundamentales y depurar también el sistema de tantas normas anticonstitucionales.

3.4. En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional contribuye a especificar el principio personalista, que está en la base de la concepción democrática de los derechos fundamentales, ya sea contemporizando entre los diversos derechos –ambos relacionados con el ser humano-, pero susceptibles de entrar en casos concretos de conflicto ente ellos; ya sea favoreciendo una lectura evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos del ser humano.

En lo que concierne al primer caso, se puede considerar que, mientras los recursos directos de amparo tienen por objeto mayormente las lesiones de los

⁴¹ En el tema de inconstitucionalidad sobrevenida, desde una perspectiva comparada: ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*. Napoli. 1986, p. 210 ss; FRIESENHAMN, *La giurisaizione costituzionale nella Repubblica federale tedesca*. Milano. 1965. p. 67 ss; ARAGÓN REYES, “Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia”, en *El Tribunal constitucional*, Madrid, 1981, p. 564 ss; CARROZZA, *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*. en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. Milano. 1985. p. 1121 ss.

derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, sobre todo de la autoridad judicial ya que tienden a transformarse en un recurso de última instancia, las cuestiones de legitimidad constitucional no tienen por objeto tanto una lesión directa de un derecho por parte de la ley, cuanto una petición de equilibrio entre los derechos (constitucionalmente tutelados) susceptibles de entrar en conflicto: por ejemplo, la libertad de expresión y el derecho a la confidencialidad, libertad de investigación y derecho a la salud, libertad de iniciativa económica y pluralismo cultural, etc.

A este propósito, la actividad de los Tribunales constitucionales es decisiva en hacer que la afirmación de un derecho no suponga una negación o una excesiva disminución de otro derecho, que merece también la tutela constitucional.

Dicha situación es posible, ya que la noción de persona tutelada, hoy en día, en las constituciones es bastante diferente de la del "ciudadano" de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Los ordenamientos constitucionales democráticos ponen en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales no al individuo aislado, sino a la persona considerada en su proyección social. Se asiste, dicho de otro modo, a la transición de una visión atomista a una visión social del ser humano

Esta proyección particular del principio personalista obliga, antes que nada, a los jueces constitucionales a poner en correlación los derechos ligados al principio de libertad con los ligados al principio de igualdad, o también —como se suele afirmar de forma más sintética— derechos civiles y derechos sociales. Por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material. Un equilibrio no fácil de conseguir siempre que las orientaciones prevalentes tiendan a diferenciar las dos tipologías de derechos (derechos de libertad, derechos económico-sociales) y a introducir una especie de jerarquía implícita, sobre la base de considerar que los derechos sociales — a diferencia de los de libertad, considerádos como fundamentales e inviolables —están condicionados, es decir, dependen de la cantidad de recursos disponibles, y de que su efectividad está en función del presupuesto del Estado.⁴⁵

En segundo lugar, la necesidad de afirmar el principio personalista, tal y como se entiende en las formas de Estado social y democrático, obliga a los Tribunales constitucionales —en la resolución de los casos específicos— a

⁴⁵ Han profundizado en la posición constitucional de los derechos sociales, especialmente en la naturaleza de los derechos condicionados: LUCIANI, "Sui diritti sociali", en *Scritti in onore di M. Mazzioti di Celso*, Milano, 1995, p. 97 ss; CHELI, "Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana", en *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 1773 ss; PACE, "Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei", en *Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un grande maestro*, Milano, 1990, p. 303 ss; LOMBARDI, "Diritti di libertà e diritti sociali", *Politica del diritto*, 1999, p. 7 ss.

reafirmar una lectura evolucionada del principio de igualdad, evitando que la garantía de la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminación irracional terminen por no reconocer las múltiples diversidades, individuales y colectivas, en que se articula la sociedad contemporánea. Dicho de otro modo, el principio de igualdad, analizado en conexión con las disposiciones que reconocen el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad e identidad, no excluye, sino que presupone, la tutela de las múltiples diferencias que caracterizan la sociedad: desde la sexual a la étnica, desde la cultural a la lingüística. En el seno del principio clásico de igualdad se oculta la posibilidad del derecho al reconocimiento de las diferencias, su existencia parte de un grupo social más amplio que posee una destacada individualidad.

En particular, en las modernas sociedades multiétnicas y multiculturales, resulta crucial el problema de cómo asegurar un equilibrio entre los derechos universales de la persona y los derechos relacionados con la diversidad cultural de los diversos grupos étnicos.

En algún caso es la propia Constitución la que indica el criterio para resolver el eventual conflicto entre los derechos generales de la persona y los derechos de los grupos étnicos: es el caso, por ejemplo, del art. 30 de la Constitución de Sudáfrica, la cual, con el fin de garantizar un equilibrio entre el *Bill of Rights* y las tradiciones locales específicas, ha establecido que "cada cual tiene el derecho de usar la lengua y de participar en la vida cultural según su propia elección, pero debe hacerlo de acuerdo con las previsiones del Bill of Rights".

En alguna otra situación, la posible contradicción entre las normas específicas relativas a los derechos de los grupos étnicos y a los derechos reconocidos como generales por la Constitución, es asumido directamente por el legislador, proporcionando una reformulación de la normativa primaria. Es el caso, por ejemplo, de Canadá, que en 1985 abolió algunas disposiciones del *Indian Act*, de tal manera que se abolieron todas las normas contrarias a los artículos 15 (prohibición de discriminación) y 28 (principio de igualdad entre hombres y mujeres) de la Carta de los Derechos y de la Libertad de 1982.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, la mediación entre las distintas exigencias es competencia de los jueces constitucionales, quienes, cada vez con mayor frecuencia, tienen que sentenciar sobre cuestiones que suponen una mediación difícil entre derechos generales de la persona y derechos culturales propios de grupos específicos.

Finalmente, los derechos tradicionales relacionados con la tutela de la libertad de la persona deben contemporizarse con el desarrollo de la investigación científica y de la tecnología, con la impresionante aceleración de las innovaciones en este campo. En los albores del nuevo milenio, la libertad de la persona debe enfrentarse a desafíos peligrosos que comportan los nuevos fenómenos que, además de constituir un indudable factor de modernización y un estímulo para el progreso, representan al mismo tiempo un peligro potencial para el libre desarrollo de la persona. Pensemos, por ejemplo, en los muchos interrogantes que abren algunas líneas de investigación (las manipulaciones genéticas, las intervenciones en ingeniería biológica, las operaciones de cambio

de sexo, las nuevas técnicas de fecundación artificial) en lo que concierne el respeto al ser humano, incluida su identidad. Igualmente, se pueden considerar los nuevos perfiles del derecho a la confidencialidad y a la identidad personal; inducidos, por un lado por el desarrollo de las tecnología y, por otro, por la evolución social de las costumbres.

3.5. El proceso de especificación de los derechos fundamentales que parece caracterizar las más recientes constituciones – que se distinguen por un amplio y analítico catálogo de posiciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales – se muestra útil, pero necesita también de la intervención y de la interpretación de los tribunales constitucionales.

Como es sabido, la interpretación judicial permite distinguir el ámbito semántico y lingüístico de una disposición del ámbito normativo: en efecto, este último es la resultante de la interpretación de una determinada disposición que se afirma en la práctica jurisprudencial.

De tal manera, las interpretaciones concretas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales por parte de los tribunales constitucionales permiten asegurar una constante síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos: es decir, entre derecho e historia.

En consecuencia, los catálogos constitucionales de los derechos humanos no son estáticos, sino que pueden ponerse al día de las nuevas exigencias de la persona, sin que sea necesaria una revisión formal del texto de la Constitución. Tales catálogos pueden ser implementados con la introducción de los llamados “nuevos derechos”: es decir, derechos que son “nuevos” en cuanto que no están expresamente regulados en la Constitución, pero pueden ser nucleados en las disposiciones de derechos fundamentales refiriéndose al principio personalista. Por ejemplo, se puede obtener por vía interpretativa: del derecho a la salud el reconocimiento a un medio ambiente saludable y no contaminado; del derecho a la libertad personal la necesaria tutela de la propia privacidad; de la prohibición de prestaciones personales sin base legislativa la existencia de la libertad individual a autodeterminarse.¹⁶

La intervención creativa de los tribunales constitucionales en materia de derechos fundamentales es favorecida por la particular estructura de algunos textos constitucionales: en especial, por la presencia de cláusulas generales específicas que las constituciones poseen habitualmente para la codificación de los derechos concretos y que permiten una ampliación y una implementación de las posiciones jurídicas tuteladas en virtud de una interpretación evolutiva y constructiva de los diferentes derechos fundamentales de la persona.

¹⁶ Sobre los llamados “nuevos derechos”: BADENI, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1995; RUIZ MIGUEL, “La tercera generación de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, p. 303 ss; MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995:

Entre las cláusulas de este tipo se pueden contar, por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución Italiana (La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado, ya sea en la formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad), el artículo 2 de la Constitución Alemana (Todos tienen derecho a desarrollar libremente su propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país).

Del mismo modo, existen numerosas cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en el momento, cláusulas que se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual, la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros. Dichas cláusulas confían al juez la tarea de interpretar el sentir social del momento, teniendo presente un conjunto de derechos controvertidos en cuanto a su subsistencia o alcance objetivo. Es el caso del artículo 44 de la Constitución de Guatemala (Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes al ser humano).

Otras disposiciones constitucionales, a su vez, prevén una apertura general del ordenamiento nacional a los tratados internacionales (como el art. 5 de la Constitución de Bulgaria, el art. 116 de la Constitución de Albania de 1998), o bien limitada al ámbito de los derechos de la persona (como el art. 11 de la Constitución Eslovaca, el art. 17 de la Constitución rusa, el art. 7 de la Constitución de Somalia de 1960).

Dichas cláusulas constituyen y representan la base constitucional para la interpretación evolutiva y dinámica de las posiciones subjetivas expresamente reconocidas y garantizadas por las constituciones. Las cláusulas generales permiten considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de forma explícita por la constitución, sino también aquello que se puede recabar de forma implícita, instrumental y transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.

En otros términos, las cláusulas generales representan el trasfondo, el *background*, susceptible de dotar una justificación racional a la jurisprudencia evolutiva de los derechos: de forma significativa, la doctrina norteamericana considera tales expresiones como "a critical guide to a historically selfconscious moral, political and legal".⁴⁷

3.6. En fin, los jueces constitucionales ejercen un papel importante en la consolidación del proceso de ósmosis y de influencia recíproca entre distintos ordenamientos, desarrollado en materia de derechos fundamentales de la persona.

⁴⁷ Para profundizar en las diferentes posiciones doctrinales sobre el valor jurídico y la interpretación de las cláusulas generales de la Constitución sobre los derechos: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, p. 4 ss; BARBERA, ART. 2, en *Commentario della Costituzione italiana*. Bologna, 1975, p. 50 ss; MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*. Torino, 1995, p. 2 ss;

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar un ámbito de influencia y de mutuo enriquecimiento entre los ordenamientos nacionales y supranacionales.⁴⁸

Esta tendencia produce tres efectos relevantes bajo el perfil del derecho constitucional;

a) En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al Derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al Derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o bien reconociendo la aplicación directa de las convenciones sobre los derechos fundamentales de la persona, o bien aplicando el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias. De este modo se crean los presupuestos para implementar los contenidos de los derechos reconocidos por las constituciones, haciendo resaltar una especie de Bill of rights general, con capacidad para servir de criterio interpretativo y, en caso de cuestiones de legitimidad constitucional, de normas interpuestas.

b) En segundo lugar, la acción de la jurisprudencia favorece la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo. Operando de esta forma, se introduce un factor de dinamismo en la interpretación de los derechos fundamentales desde el momento en que se predispone a los catálogos nacionales a la apertura hacia la consideración de nuevas situaciones subjetivas.

Una posición favorable a un desarrollo extensivo de la referida posibilidad ha sido asumida, a través de una de sus decisiones, por la Corte Americana de los Derechos del Hombre, la cual ha considerado aplicables directamente todas las convenciones en materia de derechos humanos, incluso las no ratificadas (por ejemplo, el convenio europeo de los derechos del hombre) y también las normas relativas a dichos derechos consolidadas a nivel internacional. Esta significativa ampliación del parámetro la ha motivado el argumento de que el

⁴⁸ En cuanto al tema de las relaciones entre ordenamientos nacionales e internacionales en el marco de la Unión Europea: CASESE-CLAPHAN-WEILER, Baden Baden, 1991; CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994; SORRENTINO, "La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano", in (CAPPELLETTI-PIZZORUSSO) *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 55 ss; AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998

fin que debe ser logrado por los diferentes ordenamientos consiste, en todo caso, en la exigencia de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona.⁴⁹

c) En tercer lugar, a través de la jurisprudencia, se puede consolidar la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona.

La formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales determina la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional. Por su parte, la implementación jurisprudencial de los derechos es posible utilizando el criterio de la interpretación constructiva, en base a la cual, la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional. Del mismo modo que se puede apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho.

En efecto, como ha recordado Rubén Hernández Valle, la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse conforme a los principios “pro homine” y “pro libertatis”. Como ha dicho la Sala Constitucional de Costa Rica (fallo 3550/92) “debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad”.⁵⁰

La capacidad del juez constitucional de implementar los derechos de la persona a través del recurso a las codificaciones internacionales se manifiesta en diferentes modalidades:

a) aplicando directamente como parámetro del propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos fundamentales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria;

b) aplicando el principio de que, en caso de conflictos, las normas internacionales deben considerarse, en cualquier caso, prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias;

c) utilizando el criterio de la interpretación constructiva, en base a la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional;

d) apelándose al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho.

⁴⁹ Cfr., MEDINA, “The interamerican commission on human rights and the interamerican Court of human rights”, *Human rights quarterly*, 1990, p. 439 ss

⁵⁰ Cfr., RUBÉN HERNÁNDEZ, *Derecho procesal constitucional*, San José, 1995, p. 94.

La aportación de los Tribunales constitucionales a la ampliación de las posiciones subjetivas merecedoras de tutela requiere, sin embargo, para que sea eficaz, que sean satisfechos algunos requisitos esenciales, como la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.

Por estas razones, este papel de los jueces constitucionales no es general y se afirma, sobre todo, en sistemas jurídicos de antigua y consolidada tradición común.

NUEVAS FRONTERAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS FRENTE A LOS AVANCES DE LA INFORMATICA (Propuesta para un redimensionamiento del denominado Derecho general de la Personalidad y para una definición común del denominado habeas data.)

Juan Espinoza Espinoza

1. PREMISA

La tutela de los derechos de la persona ha sido una preocupación constante (aunque oscilante) de toda cultura jurídica. Ello se ha acentuado notoriamente después de la Primera Guerra Mundial. En efecto, si hacemos una mirada retrospectiva, constatamos que el jurista decimonónico regularizaba pormenorizadamente los derechos patrimoniales, dejando de lado aquellos denominados (debido a la carga ideológica imperante) extra-patrimoniales, por cuanto se pensaba que formaban parte del derecho natural y no requerían una tutela específica por parte del derecho positivo. Incluso, cuando comenzó a teorizarse sobre los derechos de la persona, se pretendía –erróneamente– explicar los mismos a través de esquemas propios de los derechos patrimoniales, principalmente, el derecho subjetivo de la propiedad. Es a partir de los aportes de la filosofía existencialista y de la corriente del personalismo ético que el jurista contemporáneo se sensibiliza y comienza a producir modelos jurídicos que se basan en la tutela de la persona, entendida como eje y centro del ordenamiento jurídico¹. Sin embargo, cada sistema jurídico ha asumido criterios propios en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos de la persona y en los mecanismos de tutela de los mismos.

Así tenemos que, en Alemania se reconoce un derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), el cual está dirigido a la conservación, inviolabilidad, dignidad y libre desenvolvimiento del individuo y en *common law* norteamericano surge el *right of privacy*, entendido (no como equivocadamente se piensa: sinónimo del derecho a la privacidad, sino) como síntesis de las situaciones jurídicas existenciales de las personas. De estos derechos generales (o “madres”), surgen otros derechos especiales (o “hijos”).

Los ordenamientos jurídicos que no han adoptado el modelo de un derecho general de la personalidad, reconocen legislativamente un elenco limitado de derechos de la persona: es el caso de todos los sistemas del *civil law* que siguen el modelo diseñado por el código civil francés.

Esta diferenciación que, producto de un enjuiciamiento apresurado, podría parecer de corte académico, resulta de suma incidencia práctica frente a la adopción de técnicas de tutela frente a posibles abusos que se puedan presentar.

¹ Así, FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Un nuovo modo di fare diritto*, en *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura de VISINTINI, CEDAM, Padova, 1994, 238.

En efecto, si tomamos como ejemplo el tema de los abusos de la informática, ante una posible legislación que tenga como objetivo limitar los mismos, se presentan dos posibilidades: si estamos en un sistema como el francés: es imperativo individualizar qué derechos serían los que desea proteger (sea intimidad, identidad, reputación, entre otros), asumiendo la contingencia que pueda quedar desprotegido alguno (imagen o voz, por ejemplo). En cambio, si nos encontramos frente a un sistema como el alemán o el estadounidense, el derecho general de la personalidad, o el right of privacy, tutelaría cualquier derecho (o situación jurídica de ventaja) de la persona. Estas situaciones las vemos reflejadas, de alguna manera, en la ley federal de Alemania de 1977, en materia de Datenschutz, el Privacy Act de Estados Unidos de Norteamérica de 1974 y en la Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés francesa de 1978.

El propósito principal de este trabajo es comparar ambos sistemas y determinar cual sería el más viable para enfrentar el vertiginoso avance de la informática, con el que se ha llegado a tal punto de invasión de los derechos de las personas, que ya podríamos hablar de una suerte de "manipulación informática" equiparable sólo a la "manipulación genética". Si bien es cierto que las "inquietudes" del científico están siendo frenadas por la Bioética, no es nuestra intención sentar las bases de una suerte de Infoética; pero sí proponer un equilibrio entre los intereses y derechos de las personas (naturales o jurídicas) cuya información se registra, las empresas (públicas o privadas) que almacenan, clasifican o difunden esa información y los terceros interesados en obtener dicha información.

El trabajo estará dividido en tres partes y el método a emplearse es el comparativo: la primera parte estará dirigida a proponer una nueva concepción del denominado "derecho general de la personalidad", estudiándose, para tal efecto, las experiencias jurídicas alemana y estadounidense. La segunda parte se centra en los modelos jurídicos de protección de los datos personales y se hace un recorrido a las experiencias estadounidense, alemana, francesa (que ya han devenido en clásicas en esta materia) y aquellas más recientes de la unión europea y la italiana. De ellas se extraerá un común denominador y se analizará su posible aplicación en realidades como la nuestra, lo cual será materia de la tercera parte de este trabajo.

PRIMERA PARTE

SOBRE EL DENOMINADO “DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD”

1. EL DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD (ALLGEMEINES PERSÖNLICHKEITSRECHT) DE LA EXPERIENCIA ALEMANA FRENTE AL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Se ha afirmado con razón que en el derecho alemán, el tema de la tutela civil de los derechos de la persona, si bien es cierto, es objeto de una producción jurisprudencial no siempre coherente, la cual ha generado un debate doctrinario riquísimo, ha sido unánime que en estas últimas cuatro décadas la jurisprudencia no ha reconocido derechos individuales de la personalidad, sino aspectos especiales (o singulares) de un derecho general, cuyo objeto es la persona humana, entendida en sus “innumerables e incatalogables manifestaciones”².

Es así que, los intérpretes de la Constitución de Bonn identifican, de manera pacífica, en los artículos 1³ y 2⁴ del Grundgesetz la fuente directa del derecho general de la personalidad, fundado en la inalienable pretensión del hombre del respeto de la propia dignidad y el libre desarrollo de la propia personalidad⁵.

Esta posición subjetiva se configura, en primer lugar como un Grundrecht, constitucionalmente protegido frente a cualquier autoridad pública y al mismo tiempo como un derecho subjetivo privado que cada uno puede hacer valer frente a comportamientos lesivos del mismo, realizados por cualquier otro sujeto⁶.

² Así SOMMA, en *Corso di Sistemi Giuridici Comparati*, a cura de ALPA, Giappichelli, Torino, 1996, 395.

³ Art. 1 “(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder político.

(2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”.

Este último inciso fue reformado por Ley federal del 19.03.56 (la versión en español y los datos han sido tomados de PINA, Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Astrea, Buenos Aires, 1973, 116).

⁴ Art. 2 “(1) Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral.

(2) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física.

La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser coartados en virtud de una ley” (PINA, op. cit., 116-117)

⁵ ROPPO, I diritti della personalità, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, a cura de ALPA y BESSONE, CEDAM, Padova, 1984, 73.

⁶ ROPPO, op. cit.

En lo que se refiere a la tutela frente a los conflictos entre el derecho general de la personalidad y el derecho de (y a) la información, el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), cuenta con una decisión, de fecha 16.07.69 (denominada Mikrozensusentscheidung), la cual se refería a la legitimidad constitucional de una revelación estadística de muestreo, que tenía como objeto los viajes de descanso y vacaciones realizados por los ciudadanos alemanes. Frente a la cuestión de la posible lesión –ocasionada por dicha investigación- del Grundrecht, codificado en los artículos 1 y 2 de la Constitución, entendida en el sentido que el libre y autónomo desarrollo de la persona del individuo, se concreta en un Innenraum “en el cual éste puede retirarse, al cual el ambiente externo no tiene acceso, dentro del cual éste es dejado en paz y goza de un derecho a la soledad”⁷, el Bundesverfassungsgericht observa que, sin embargo, delante de las exigencias de las modernas organizaciones sociales y estatales, este derecho no puede considerarse ilimitado. La Corte concluye que en este caso, debido a la garantía del anonimato y al hecho de que el cuestionario no invadía el innerste Intimbereich de los entrevistados, no se veía contraste con el derecho general de la personalidad, constitucionalmente protegido.

Otro caso, de fecha 15.01.70, siempre referente a la declaración de inconstitucionalidad, se refiere al hecho que si en la evaluación de un procedimiento disciplinario de un funcionario público, fuese legítima la utilización de documentos del su proceso de divorcio, sin el consentimiento previo del ex-cónyuge. Los jueces, partiendo de las consideraciones que la tutela de los derechos de la persona no es ilimitada ni incondicional, que el criterio a utilizar para evaluar si en el caso concreto la intrusión sea ilícita es que la misma sea justificada “en el prevaleciente interés de la colectividad, a la luz de un estricto cumplimiento del requisito de la proporcionalidad”⁸ (Verhältnismässigkeitsangebot), se llegó a la conclusión que dicho procedimiento fue ilícito.

Un tercer caso, que se falló con sentencia de fecha 08.03.72, se produjo cuando, en el curso de un proceso penal se incautó, en un estudio médico, la historia clínica del imputado. El Bundesverfassungsgericht repitió fielmente las tres proposiciones de reconocimiento, en vía de principio, del derecho constitucional al respeto de la esfera íntima (Intimaphäre del Einzelnen); del carácter relativo, no absoluto, de la tutela y del recurso al criterio del interés público y de la proporcionalidad entre éste y la gravedad de la lesión. Se llegó a la conclusión que este hecho constituía la violación del Grundrecht del paciente al respeto de su vida privada (seines private Bereichs), aun en el caso que la historia clínica no esté en posesión del médico tratante; pero se encuentre en custodia de un colega que ha revelado la misma⁹.

⁷ ROPPO, op. cit., 74-75.

⁸ ROPPO, op. cit., 75-76.

⁹ ROPPO, op. cit., 76.

Particular atención merece la sentencia de fecha 05.06.73: ciertos media se encargaron de difundir, a través de reportajes y entrevistas, un hecho sangriento ocurrido en el pasado, generando la reacción del autor del delito (que no era un personaje público), el cual lamentaba la violación de la propia esfera de la personalidad. Ante el manifiesto conflicto entre el principio de libertad de radiodifusión (Rundfunkfreiheit) (consagrado en el art. 5¹⁰ de la Constitución federal alemana) y el principio de la protección de la persona (Persönlichkeitschutz) (regulado en el art. 2), los jueces observaron que ninguno de los dos principios puede pretender, en vía general, una superioridad sobre el otro, siendo necesario realizar una detenida evaluación de intereses (Interessenabwägung), evaluando la magnitud –según sea el caso- del interés a la información de la colectividad. En el caso particular de los reportajes sobre graves hechos criminales, el interés a la información de la colectividad prevalece, en línea de máxima, sobre el interés a la tutela de la personalidad del reo. Sin embargo, también en esta materia debe hacerse una concreta aplicación del criterio de proporcionalidad, bajo el cual no puede considerarse admisible una específica identificación del autor del delito, se entiende, en los reportajes de actualidad. Para el caso de los reportajes difundidos después de un cierto tiempo, posterior al suceso, el criterio es mucho más rígido: estos son considerados inadmisibles cuando generen el riesgo de ocasionar un perjuicio nuevo y adicional, particularmente, si ponen en peligro las perspectivas de una reinserción en la sociedad (con la precisión que tal peligro debe presumirse por regla, si la transmisión relativa a un hecho criminal antiguo, que identifique a los ojos del público al autor, sea difundida después de su excarcelación o poco antes de ésta)¹¹.

En 1977, el Bundesverfassungsgericht, evaluó la constitucionalidad de un procedimiento de incautación, en una organización de asistencia de toxicómanos, de datos relativos a los usuarios de la misma: se trataba de determinar si estaba en contraste con la garantía constitucional del allgemeines Persönlichkeitsrecht, bajo la doble perspectiva de una posible lesión de la libertad de acción (Handlungsfreiheit) del titular de la organización y del Grundrecht de los usuarios respecto de su propia esfera personal. Repitiendo una distinción utilizada no pocas veces, la Corte observa que los documentos incautados no comprometen la inviolabilidad de la intimidad personal (Unantatbare Intimsphäre); pero si afectan el ámbito privado (privaten Bereich) de los usuarios.

¹⁰ Art. 5 "(1) Todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No se ejercerá censura.

(2) Estos derechos tienen su límite en las disposiciones de las leyes generales, las medidas legales adoptadas para protección de la juventud y el derecho del honor personal.

(3) El arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución" (PINA, op. cit., 117-118).

¹¹ ROPPO, op. cit., 76-77.

La tutela de éstos no se configura de manera absoluta, sino relativa y es medida sobre la base del socorrido criterio de la proporcionalidad: el procedimiento es declarado ilegítimo si la lesión que se originaría en la esfera privada (también desde el aspecto de un eventual perjuicio a la terapia en curso) es desproporcionadamente grave respecto de los objetivos perseguidos con el secuestro y se precisa que tal desproporción es in re ipsa cuando la incautación se funde en la genérica sospecha que los usuarios sean imputables de adquisición y tenencia ilegal de estupefacientes¹².

Finalmente, se señala una interesante aplicación del allgemeines Persönlichkeitsrecht, hecha por un juez administrativo, con fecha 03.09.70: una trabajadora había solicitado, sobre la base de la normatividad relativa a la seguridad social, el reembolso de los gastos del parto realizados por un embarazo fuera del matrimonio. Frente al rechazo del ente erogador, motivado por la observación que la pretensión del reembolso se hubiera podido hacer valer ante el padre natural, la trabajadora lo impugna. El Bundesverfassungsgericht le da la razón, basándose en el derecho constitucional de la mujer respecto de su Intimsphäre, fundado a su vez, en el Grundrecht al libre desarrollo de la personalidad¹³.

2. EL RIGHT OF PRIVACY DEL COMMON LAW NORTEAMERICANO

En lo que se refiere a este derecho, resulta forzoso comenzar con la historia de un joven abogado que se había casado con la hija de un senador y que había comenzado a tener una vida particularmente lujosa y dispendiosa.

El escenario: Boston, el año: 1881. Este hecho comenzó a llamar la curiosidad y generó comentarios en los periódicos en sus crónicas mundanas, hasta llegar a ocasionar un escándalo. Este abogado, llamado Samuel D. Warren, irritado con esta invasión de su vida privada, se asoció con un antiguo compañero de estudios e la Universidad de Harvard, Louis D. Brandeis, quien después sería juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y conjuntamente escribieron un ensayo, titulado The right to privacy, que fue publicado en la Harvard Law Review. Según estos dos autores, todo individuo tiene el derecho to be let alone, de ser dejado en paz, de proteger su soledad, es decir su vida íntima, tanto como tiene el derecho de proteger su vida privada¹⁴.

Se afirma, con razón que “las discusiones teóricas y las complejas experiencias de estos años muestran que la privacy se presenta ahora como

¹² ROPPO, op. cit., 78.

¹³ Los jueces motivaron que tal derecho “vale ciertamente también en las relaciones entre dependientes y empleador y cubriendo, sin lugar a dudas, las decisiones autónomas d sujeto en orden a sus relaciones extramatrimoniales que tengan como consecuencia el nacimiento de un hijo natural. cubre además la decisión de la mujer de revelar, o no, la identidad del padre, y de hacer valer, o no, en contra de éste, pretensiones patrimoniales vinculadas con el embarazo y el parto” (ROPPO, op. cit., 79).

¹⁴ FROSINI, Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici, en *Banche dati telematica e dirirri della persona*, cit., 29.

una noción fuertemente dinámica y que se ha establecido una estrecha y constante interrelación entre los cambios determinados por las tecnologías de la información (pero también por las tecnologías de la reproducción, de la ingeniería genética) y los cambios del mismo concepto. Una definición de la privacy como “derecho a ser dejado solo”, como simple reserva, desde hace tiempo ha perdido un significado general, aunque si individualiza un valor, continúa a asumir un aspecto esencial del problema y puede ser aplicada a situaciones específicas”¹⁵.

El right of privacy ha evolucionado tanto desde su reconocimiento jurisprudencial que ha desbordado su concepción inicial. Es por ello que se sostiene que una traducción del mismo en términos de “derecho general de la personalidad” sería más apropiada que una traducción gramatical de simple “derecho a la reserva”, palabras “que sonarían verdaderamente reductivas frente a la intensidad y a la riqueza semántica contenida en la fórmula de la privacy”¹⁶. Resulta sumamente interesante observar el proceso (y los cambios dentro del mismo) por el cual ha pasado este derecho.

El derecho a la privacy no encuentra una mención expresa, ni una tutela específica en ningún artículo de la Constitución norteamericana y, sin embargo, éste expresa valores constitucionales. Su tutela constitucional se ha afirmado a través de numerosas decisiones de la Corte Suprema. Dentro del right of privacy conviene distinguir la privacy of disclosure¹⁷ de la privacy of autonomy¹⁸.

2.1. TUTELA DE LA PRIVACY OF DISCLOSURE

Las decisiones que se refieren a la disclosural privacy, se basan en la cuarta enmienda de la Constitución¹⁹, que es la que más se aproxima a regular

¹⁵ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Sagitari Laterza, Roma-Bari, 1992, 189.

¹⁶ ROPPO, op. cit., 62. En esta mismo sentido, se afirma que “la propuesta de mantener inalterado el vocablo de “privacy”, sin intentar una traducción mecánica, parece ser la más adecuada”, por cuanto los lemas equivalentes en otro idioma “no describen sino aspectos singulares, circunscritos y no revelan la complejidad de las situaciones en referencia” (ALPA, *Privacy e statuto dell’informazione*, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 201). Asimismo, el autor, citando a PROSSER, afirma que las figuras de privacy que se han delineado son esencialmente cuatro (cit., 235-236):

1. La intrusión en la soledad o en el apartamento del individuo (es el denominado “derecho a ser dejado solo”).
2. La revelación al público de hechos embarazosos.
3. La lesión de la reputación del individuo o su representación bajo una falsa luz.
4. La apropiación y el uso del nombre con fines lucrativos.

¹⁷ La cual es definida como “el derecho a controlar el flujo de información que se refiere a los detalles de la individualidad de cada uno” (ROPPO, op. cit., 63).

¹⁸ Entendida como “el aspecto de la privacy concerniente a la habilidad individual de decidir realizar ciertos actos o asumir ciertas experiencias sin sufrir interferencias externas” (ROPPO, op. cit.).

¹⁹ Que establece lo siguiente: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y

esta situación, a falta de una disposición expresa. Un caso de antigua data (1886) es *Boyd v. United States*, en el cual se concluye con una declaración de inconstitucionalidad de una ley que consentía que en los procesos en material fiscal, el juez pudiese imponer al demandado exhibir en el proceso libros contables, así como otros documentos privados y en el caso de falta de cumplimiento, se preveía que las informaciones o alegatos, recogidos en contra del sujeto, deberían considerarse probados. La declaración de inconstitucionalidad es fundada en un concepto amplio de *privacy* tutelada por la cuarta enmienda: un concepto tan amplio que es entendido de manera “desmaterializada”, carente de referencias físicas. Se establece que la cuarta enmienda tutela la *privacy* del individuo, no sólo contra “la ruptura de sus puertas y el rebuscamiento de sus cajones”, sino también contra “la invasión de su indefenso derecho a la seguridad personal, libertad personal y propiedad privada”²⁰.

Esta posición sufre un viraje extremo en 1928, con la decisión del caso *Olmstead v. United States*, donde la tutela (amparada en la cuarta enmienda) se restringe al proteger este derecho sólo frente a intromisiones de tipo material. Se trataba de juzgar la legitimidad de una interceptación telefónica dispuesta por la autoridad con la finalidad de prevenir una sospecha de tipo criminal. Con una reducida mayoría (cinco a cuatro), la Corte se decidió por la inexistencia de una violación inconstitucional del *right of privacy* protegido por la cuarta enmienda, por cuanto se entendió que este prohíbe sólo formas de “actual physical invasion” de la habitación del ciudadano (que en el caso no se había verificado, puesto que el instrumento para la interceptación había sido colocado en cables externos a la casa), y además se refiere a la búsqueda de cosas tangibles (mientras que en esta ocasión la autoridad apuntaba a captar palabras expresadas oralmente, de ninguna manera asimilables a objetos materiales), llegando a considerar que la *privacy* fuese tutelable en los límites de un *trespass* en sentido técnico²¹.

Entre los jueces de minoría, el *dissent* más enérgico contra tal concepción (materialista y restrictiva) del ámbito de tutela de la *privacy* fue expresado por Brandeis, quien sostuvo lo siguiente: “los autores de nuestra Constitución buscaban proteger a los americanos en sus creencias, sus emociones y sus sensaciones” y para tal efecto “ellos confirieron, junto con el Gobierno, el derecho a ser dejado solo – el más comprensivo de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados”²².

no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

²⁰ ROPPO, op. cit., 64.

²¹ ROPPO, op. cit.

²² ROPPO, op. cit., 65.

En 1967, con la decisión del caso *Katz v. United States*, la Corte Suprema retorna a una concepción de *privacy* más "espiritualizada" y por consiguiente, a una tutela más amplia. En este caso se excluye la admisibilidad de pruebas obtenidas interceptando y registrando una conversación telefónica efectuada desde una cabina pública. De manera explícita, se descarta la idea que el límite de la esfera individual protegida, a título de *privacy*, pueda identificarse trámite una calificación de los espacios físicos en los cuales el individuo opera: los jueces observan que "la cuarta enmienda protege las personas, no los lugares". Mientras lo que uno conscientemente expone al público, incluso en su casa o en su trabajo, no cae bajo la tutela de la cuarta enmienda", contrariamente "lo que él tiende a mantener reservado, incluso en un espacio abierto al público, puede ser constitucionalmente protegido". Concretamente: la tutela de la *privacy* es autónoma de la tutela del domicilio, y está vinculada a la existencia de una inmaterial *zone of privacy* que es inherente a la persona, sea cual fuere el lugar donde ésta se encuentre²³.

Este grupo de sentencias permite ver con mayor claridad que es imposible aprehender las situaciones jurídicas existenciales (*privacy*) a la luz de los criterios propios de las situaciones jurídicas patrimoniales (*property*). En efecto, cada una de ellas se desenvuelve en dos categorías distintas: la primera en la categoría del ser y la segunda en la categoría del tener. Cada una con sus propios principios e ideología²⁴.

2.2. TUTELA DE LA PRIVACY OF AUTONOMY

Dentro del conjunto de casos que forman parte de la *privacy of autonomy*, se encuentra *Griswold v. Connecticut*. En 1965, la Corte Suprema juzgó como inconstitucional (limitadamente a su aplicación con respecto a las parejas casadas) un statute que prohibía la prescripción y el uso de anticonceptivos.

La razón de la inconstitucionalidad fue identificada en la lesión que se ocasionaba al constitucional right of *privacy*, especificado en su particular acepción de marital *privacy*, vale decir, de libertad de autodeterminarse en los propios comportamientos familiares, sin interferencias o limitaciones por parte de la autoridad pública²⁵.

Otro caso, *Eisenstadt v. Baird*, relativo también a la libertad de usar anticonceptivos, se presentó en 1972. La novedad está en reconocer esta

²³ ROPPO, op. cit.

²⁴ Así, con acierto se opina que: "En esta materia no se puede aplicar el derecho subjetivo elaborado sobre la categoría del tener. En la categoría del ser no existe la dualidad entre sujeto y objeto porque ambos representan el ser y la titularidad es institucional, orgánica. Donde el objeto de tutela es la persona, la perspectiva debe cambiar: se vuelve necesidad lógica reconocer, por la especial naturaleza del interés protegido, que es justamente la persona la que viene a constituir, al mismo tiempo, el sujeto titular del derecho y el punto de referencia objetivo de la relación" (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, 323).

²⁵ ROPPO, op. cit. 69.

libertad también a personas no unidas en matrimonio. Se realiza una ampliación significativa en la esfera de la aplicación del right of privacy, a nivel de la denominada privacy of the bedroom, referida al individuo como tal y no sólo al individuo que forma parte de una relación conyugal formal²⁶.

En 1973, se incorporó a esta familia de supuestos, la decisión de la Corte Suprema en el caso Roe v. Wade, en el cual se declaró inconstitucional un statute que prohibía el aborto, salvo cuando había peligro de vida de la mujer (se trataba de una mujer no casada). La decisión se fundó en el reconocimiento de un "derecho absoluto" de la mujer de interrumpir el embarazo dentro del primer trimestre: un derecho en el cual la Corte no ve sino la especificación del general right of privacy²⁷.

También en 1969 la Corte Suprema reconoció, en el caso Stanley v. Georgia, el derecho de tener, en la propia casa, material obsceno, fundándose, en una parte, por la primera enmienda²⁸ y en otra, por la existencia de un "derecho fundamental a ser libre, salvo en bien limitadas circunstancias, frente a indeseadas intrusiones del gobierno en la privacy de uno". Sin embargo, en el caso Paris Adult Theatre I v. Slaton, en el cual la Corte Suprema estudió el problema si el derecho a la privacy, cubra también la protección pública de las películas obscenas, sobre la base de lo decidido en el caso Stanley v. Georgia, se asumió una actitud negativa, por cuanto la privacy of the home no puede equipararse, a nivel de intensidad de tutela, a una general zone of privacy que tenga el consumidor de material obsceno dondequiera se encuentre²⁹.

Todos estos casos permiten llegar a la conclusión que la diferencia fundamental entre disclosural privacy y privacy of autonomy, es que en la primera, la Corte Suprema afirma una tutela amplia, que no está vinculada a la referencia de lugares físicos ni a la habitación del mismo, sino a la persona del individuo. Contrariamente, la privacy of autonomy, goza de una protección generalmente circunscrita a las actividades que el sujeto desenvuelve en su propia casa³⁰, incluyendo dentro de las mismas, a las decisiones vitales del mismo (las cuales no se circunscriben a un ámbito geográfico determinado).

²⁶ ROPPO, op. cit., 69-70.

²⁷ ROPPO, op. cit., 70. Sobre este caso, ya habíamos advertido que el abuso del ejercicio del derecho a la privacy, entendido en sentido lato, como un poder de autodeterminación sin ser armonizado con los intereses de los demás, amenaza con devenir, usando una feliz expresión de BECCARIA, repropuesta por RODOTA, en otro "terrible derecho", junto a la propiedad (Asi. BUSNELLI, *Diritti unami e civiltà giuridica. Riflessione di un civilista*, en Rass. Dir. Civ., 2, 1991, 243). Dijimos que: "ocurre percibir el derecho en una dimensión de coexistencialidad, tratando de funcionalizar recíprocamente los intereses de las partes en conflicto y tutelando a las partes débiles, así dejaremos de visualizar unilateralmente la experiencia jurídica y la entenderemos de una manera más solidaria" (ESPINOZA ESPINOZA, *Estudios de Derecho de las Personas*, segunda edición, Huallaga, Lima, 1996, 139-140).

²⁸ Que establece lo siguiente: "El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios".

²⁹ ROPPO, op. cit.

³⁰ ROPPO, op. cit., 71.

3. PROPUESTA PARA UN REDIMENSIONAMIENTO DEL DENOMINADO DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD

La experiencia alemana del *allgemeines Persönlichkeitsrecht* y norteamericana de la *privacy*, son ejemplos emblemáticos de aplicación legislativa, a nivel constitucional, de lo que en doctrina se llama teoría monista, en la cual (como ya lo advertimos anteriormente) se admite la existencia de un solo derecho general de la responsabilidad, del cual se desprenden derechos "hijos". La teoría atomista, en cambio, admite la existencia de una pluralidad de derechos de la persona. La percepción tradicional de asumir una u otra teoría, lleva consigo la consecuencia de admitir (o no) el reconocimiento que nuevas situaciones jurídicas existenciales ingresen a formar parte de la familia de los derechos de las personas³¹.

Desde mi punto de vista, el hecho de que se hable de un derecho o de varios derechos de la personalidad, nada tiene que ver con la tipificación de tales derechos y la consiguiente exclusión de otros: esta selección corresponde a un momento posterior, el cual es el de la técnica legislativa a optarse para regular los derechos de las personas. Parece más importante distinguir primero los niveles en los cuales se pueden entender los derechos de las personas, los que, como todo producto jurídico, tienen una dimensión normativa, valorativa y ontológica³².

En efecto, en el plano valorativo existe un solo fundamento de los derechos de las personas, el cual es la realización del proyecto vital de existencia de la persona, su realización como ser humano, entendido éste como un valor en sí mismo³³. Este fundamento "único" no es más que el *allgemeines*

³¹ Así, cuando se explica que: "la persona, en su relevancia *sub specie iuris*, es entendida en sentido atomista y pluralista, como resultado de toda una serie de derechos expresamente reconocidos por el legislador a tutela de los intereses connaturales a la persona misma, pero específicamente individualizados: o en sentido global o unitario, como expresión de la acción de todo el conjunto de leyes positivas que tienen como finalidad la conservación y el desarrollo del sujeto, por una parte, y de las potencialidades intrínsecas de la persona emergentes en el ordenamiento. La diferencia entre los dos puntos de vista, sobre el plano práctico, es tal de poder conducir también a resultados del todo diversos e, incluso, opuestos: la tutela de un determinado interés de la persona que no corresponda a alguna de las tipificaciones normativas (...) es de excluirse o de incluirse en la categoría en la cual se engloba la tutela de la persona según que se adopten las teorías pluralistas o las unitarias. Estas últimas parecen, en el panorama cultural actual, prevalecer netamente" (MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1983, 356).

³² Así, se afirma que "la realidad jurídica es compleja. Existe una pluralidad de elementos que integran la ciencia jurídica. Y para captar adecuadamente lo "jurídico" se requiere no prescindir de ninguno de ellos. Los estratos ontológico, estimativo y lógico se exigen mutuamente en una unidad. En la unidad del Derecho. Podemos apreciar aisladamente la conducta como libertad, las normas como pensamiento y los valores como seres ideales objetivos con validez propia, pero para captar "lo jurídico" en su integridad debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*. Studium, Lima, 1987, 96).

³³ Así, RIVERA, cuando sostiene que: "Pese a que reconocemos distintas especies de derechos

Persönlichkeitsrecht de los alemanes (que lo entienden a nivel normativo y no valorativo)³⁴: en su contenido, el fundamento único y el derecho general de la personalidad alemán no son más que la misma cosa y si queremos ser más técnicos, diré que hay identidad conceptual en ambas figuras. En el plano normativo entiendo que no se puede hablar de un solo derecho de la persona, si no de una pluralidad, porque resulta obvio que todo ordenamiento jurídico reconoce (y va reconociendo) diversas situaciones jurídicas existenciales merecedoras de tutela jurídica³⁵.

En lo que se refiere al aspecto de la técnica legislativa a utilizarse para la tutela de los derechos de la persona, independientemente de la posición que se asuma, vale decir: uno o varios derechos, resulta más conveniente aquella del numerus apertus. Por ello, coincidimos plenamente con quien sostiene que «No hay, en consecuencia, un número cerrado de derechos de la persona. Al lado de los derechos subjetivos perfectos, tipificados por el ordenamiento jurídico positivo, existen otros intereses de la persona que se erigen en derechos subjetivos imperfectos en la medida que, fundándose y derivándose de la propia dignidad de la persona humana, son también dignos de tutela jurídica»³⁶.

de la personalidad (...) debe puntualizarse con toda claridad que ellos reconocen un fundamento único, y que está dado, por el reconocimiento de que la persona tiene un valor en sí misma, y como tal cabe reconocerle una dignidad”, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, 25). Sin embargo, esta posición no es unánime en doctrina, afirmándose que el objeto de los derechos de la persona lo constituyen “manifestaciones determinadas físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos” (CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, 2ª. edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1995, 175).

³⁴ Así, “no es, pues, el caso de reducir a un solo y único derecho los múltiples derechos de la persona hasta hoy puestos en evidencia, sino a vincular o conectar esencialmente todos ellos con un fundamento único, lo que de hecho se produce en cuanto todos y cada uno de tales derechos se refieren siempre al “yo”” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, 1992, 45).

³⁵ ESPINOZA ESPINOZA, *Aspetti attuali dei diritti delle persone nel codice civile peruviano*, en *La riforma del codice civile. Atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati*, CEDAM, Padova, 1994, 204.

³⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., 37-38, quien afirma que: “no es técnicamente inadecuada la presencia de una pluralidad de derechos referidos a la protección de la persona humana siempre que, mediante cláusulas generales y abiertas, se permita al juez tutelar cualquier interés existencial no considerado como un derecho subjetivo típico por el ordenamiento jurídico positivo. Mediante este recurso de técnica jurídica, que comienza a incorporarse a ciertos ordenamientos jurídicos, se consigue superar la principal objeción sustentada contra el planteamiento ofrecido por la teoría pluralista. Es decir, el de su radical insuficiencia para lograr la protección integral y unitaria del ser humano. No es contradictoria, sino más bien necesariamente complementaria, la contemporánea existencia de un fundamento único y general de tutela de la persona, como lo pretendería el monismo, y la presencia de una multiplicidad de derechos que, bajo un criterio técnico, constituyen sus indispensables especificaciones. La pluralidad de derechos de la persona insertos en el ordenamiento jurídico deberían interpretarse, en todo caso, como aplicaciones y desarrollos de una multiplicidad de intereses de la persona humana” (cit., 47).

SEGUNDA PARTE

SOBRE LA TUTELA ESPECÍFICA EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA COMPARADA DE LA PROTECCIÓN SOBRE LOS DATOS PERSONALES

1. LA LEY FEDERAL ALEMANA DEL 27.01.77 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (BUNDESDATENSCHUTZGESETZ)

Se ha observado que en la fase precedente a la entrada en vigor de esta ley, la tutela del particular derecho de la personalidad que se denomina Datenschutz estaba basada de manera exclusiva en la referencia constitucional, estando argumentada bajo el fundamento del allgemeines Persönlichkeitsrecht de los arts. 1 y 2 de la Constitución³⁷. Incluso, a nivel del “formante” doctrinario se realizaron importantes estudios sobre el Datenschutz³⁸.

Los principios básicos del Bundesdatenschutzgesetz son los siguientes³⁹:

1. Establece como misión de la protección de datos, prevenir todo perjuicio a intereses dignos de protección de los interesados, mediante la salvaguardia de datos de índole personal frente a cualesquiera abusos con ocasión del almacenamiento, transmisión, modificación y destrucción (tratamiento de datos) (art. 1.1).
2. Se protege los datos de índole personal que fueren almacenados en ficheros, modificados, destruidos o transmitidos desde el fichero tanto por autoridades u otros entes públicos como por personas físicas o jurídicas de derecho privado (art. 1.2).
3. Se excluye del ámbito de la ley los datos de índole personal que se traten por empresas o, en su caso, por empresas auxiliares de la prensa, la

³⁷ ROPPO, op. cit.

³⁸ Así, SIMITIS, Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, 673-682, citado por BESSONE. Política dell'informazione e strategie di “Datenschutz”, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit, el cual hace la siguiente glosa: “la imagen de una absoluta objetividad de la información invariablemente garantizada por el recurso a instrumentos de elaboración “completamente automatizados” tiende a acreditar una mitología de la “incorruptibilidad de la máquina” (y de la “eliminación de la intervención humana”) que no encuentra respaldo en la realidad. Y Simitis tiene razón de escribir que “nada sería... más errado” que el asunto que “un acceso ilimitado” al banco de datos “valga per se” a asegurar informaciones “exhaustivas y objetivas”. Cualquier banco de datos opera, en efecto, siempre (y sólo) en aplicación de “decisiones del hombre” que tienden a degradar al computer al rol de un “dúctil instrumento” utilizado para obtener un sistema de datos “conforme a los deseos” (y a los planos de acción) del operador” (cit., 267).

³⁹ Los siguientes datos han sido extraídos del Boletín de Legislación Extranjera, 90-91, Madrid, marzo-abril 1989, 21-45, en el cual se encuentran tanto la versión alemana como española del Gesetz zum Schutz von Missbrauch personenbezogenen Daten bei der Datenverarbeitung, cuyo título abreviado es el Bundesdatenschutzgesetz (literalment, Ley General de Protección de datos-BDSC). La traducción es de DARANAS PELAEZ.

- radiodifusión y la cinematografía exclusivamente para sus propios fines publicitarios, siempre y cuando adopte las medidas técnicas y organizativas indispensables (art. 1.3). Esta última obligación es común para todo tipo de personas que efectúe tratamiento de datos de tipo personal (art. 6.1)
4. Se entiende por datos de índole personal a los datos individuales sobre circunstancias personales u objetivas de una persona física determinada o determinable (llamada interesado) (art. 2.1). Nótese la exclusión que se hace de las personas jurídicas.
 5. Se define como fichero de datos a una colección de estructura uniforme de datos que se pueda obtener y ordenar conforme a ciertos rasgos y cambiar de ordenación y evaluar conforme a otros rasgos determinados, con independencia del procedimiento empleado para ello, si bien no se incluyen en este concepto los documentos sueltos ni colecciones de documentos, a menos que se puedan ordenar y evaluar mediante procedimientos automatizados (art. 2.3.3)
 6. El tratamiento de los datos de índole personal será lícito únicamente cuando lo autorice esta ley (BDSG) u otra norma legal o si lo hubiese consentido el interesado por escrito (art. 3).
 7. Se reconoce a los interesados los siguientes derechos (art. 4):
 - a) Recibir información sobre los datos almacenados acerca de ellos mismos.
 - b) A la corrección de los datos almacenados sobre ellos mismos, cuando fueren inexactos.
 - c) A que no sean accesibles los datos almacenados acerca de ellos mismos, cuando no se pudiese determinar si son exactos o inexactos, o bien en el caso de haber desaparecido los presupuestos de hecho existentes originariamente para el almacenamiento.
 - d) Que se destruyan los datos almacenados acerca de ellos mismos, cuando el almacenamiento fuere ilícito o—como opción alternativa al derecho a la inaccesibilidad— cuando hayan desaparecido los supuestos de hecho originariamente existentes para el almacenamiento.
 8. Se establece la obligación del secreto por parte de las personas que almacenen, modifiquen, destruyan o transmitan datos (art. 5).
 9. Se prevé el nombramiento de un Comisario Federal para Protección de Datos (art. 17) el cual controlará la observancia de las normas de la presente ley (BDSG) (art. 19).
 10. En el caso de entidades privadas que traten (para sí o por encargo) datos personales y tengan como mínimo cinco trabajadores a título personal, se deberá nombrar un encargado de la protección de datos (art. 28). Asimismo, se prevé el nombramiento de una autoridad competente según el ordenamiento regional (art. 30).
 11. Se establece sanciones penales y pecuniarias por actos delictivos (art. 41) así como multas en el caso de infracciones administrativas (art. 42).

Después de la entrada en vigor del BDGS, surgió una etapa de "autosuficiencia legislativa"⁴⁰, la cual pretendía excluir a la Constitución de la regulación del Datenschutz. Sin embargo, la doctrina criticó los límites, lagunas e inadecuaciones del BDGS, como es el caso del Medienprivileg regulado por el art. 1.3, que favorecía peligrosamente a los medios de comunicación. Grandes problemas se suscitaron en torno al posible conflicto que representan los censos frente al Datenschutz. En efecto, un juez administrativo de Düsseldorf, con fecha 16.05.78, había establecido que leyes específicas relativas a la recolección de datos con finalidad estadística (Hochschulstatistikgesetz), prevalecían, en caso de contraste, sobre el BDGS. En 1983, las garantías establecidas por el BDGS sucumbieron frente al censo general que se hizo en ese año⁴¹.

En vista de esta situación, se ha producido una fase de "retorno a la Constitución", a la cual le está siguiendo otra de propuestas hacia reformas legislativas⁴². Esta ley prevé que también los Länder emanen normas sobre la protección de los datos. En 1980, todos los Länder, a excepción de Hamburgo, habían emanado disposiciones estatales de acuerdo a esta directiva federal⁴³. Particular atención merece la ley bávara sobre la protección de datos individuales, Bayerische Datenschutzgesetz (BayDSG) del 28.04.78, que prevé el derecho a la indemnización frente a las entidades públicas bávaras⁴⁴.

⁴⁰ ROPPO, op. Cit., 80.

⁴¹ Este censo, a pesar que fue varado inicialmente mediante ley de marzo de 1982, estableció una modalidad operativa alarmante: no sólo se establecía una multa de 10,000 marcos para los reticentes a dar información sino que, además, se establecía un "premio" en dinero para quien denunciase a algún "reticente" (ROPPPO, op. cit., 81).

⁴² ROPPO, op. cit. 80. Es necesario precisar además que el Bund ha integrado la ley para la protección de datos personales con tres ordenanzas que regulan respectivamente, las sumas a pagar por parte de quien solicita información sobre los propios datos memorizados (Datenschutzgebührenordnung, DSGebO, del 22.12.77), la formación del registro de los datos de datos personales (Datenschutzregisterordnung, DSRegO, del 09.02.78) y la publicación del tipo de datos personales memorizados por las entidades públicas (Datenschutzveröffentlichungsordnung, DSVeröffO, del 03.08.77). Este complejo normativo vale para el Bund y en base al art. 7 BDSG, también para los Länder que aún no hayan emanado sus propias disposiciones en materia (LOSANO, La legislazione tedesca sulla protezione dei dati individuali, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 282).

⁴³ LOSANO, op. cit., 281.

⁴⁴ Así, el art. 13 establece lo siguiente: "Derecho a la indemnización. (1) Si en el ejercicio de un cargo público se procede a la elaboración de datos en violación de las normas de esta ley, o de una particular norma sobre la protección de datos contenida en otra normativa, el responsable de la oficina que elabora los datos es responsable según las siguientes normas por los daños materiales provocados.

(2) El daño material es indemnizado en dinero, hasta el monto máximo de DM 250.000 por sujeto y por evento dañino.

(3) El daño patrimonial no es resarcible si no hubiera podido ser evitado incluso usando la diligencia necesaria. Sin embargo, ello no vale si el dañado por el ilícito ha sufrido un daño patrimonial relativo a una situación jurídica directamente tutelada por un derecho fundamental. Si no se puede aplicar la indemnización prevista por el punto (1), se puede establecer una indemnización equitativa.

2. EL PRIVACY ACT DE 1974 Y EL FREEDOM OF INFORMATION ACT DE 1966

En materia de protección jurídica de los datos personales, el modelo jurídico alemán (así como el francés) puede ser definido como uniforme, casi monolítico, frente al modelo jurídico norteamericano, que es más bien desagregado, por cuanto está regulado en una articulada disciplina normativa⁴⁵, a través de distintas sedes materiae.

El Privacy Act, aprobado a finales de 1974, firmado en enero de 1975 y entrado en vigor el 25.09.75, disciplina la recolección, clasificación y el uso de las informaciones, producto de la actividad de gobierno federal y de todos los departamentos, las fuerzas armadas, las agencias independientes (entendidas en sentido genérico, como entes públicos), las sociedades de derecho público, las sociedades controladas por el gobierno, como el Federal Reserve Banks y la Federal Home Loan Corporation. No se aplica al Congreso, a los gobiernos estadounidenses en los territorios y posesiones no metropolitanas, en el Distrito de Columbia ni en las Cortes federales. Existen dudas si también puede ser aplicado a los procedimientos frente a las cortes marciales. En el caso que el sistema de clasificación de las informaciones de una agency esté organizado y dirigido por una sociedad privada, las reglas del Act se aplican también a ésta⁴⁶.

El Privacy Act define como record a “toda voz, colección, agrupación de informaciones sobre un individuo, depositadas en una agency, incluyendo noticias (pero no limitadas a estas) relativas a su educación, operaciones económicas, historia clínica, cronohistoria penal y profesional que contienen su nombre o su número de identificación, un símbolo u otro signo particular que sea idóneo para identificarlo, como por ejemplo, la huella digital, el registro de voz o una fotografía”. Se entiende por sistema de records a “un grupo de datos de los cuales se puedan inferir informaciones idóneas a ser ubicadas usando el nombre u otro signo de identificación del sujeto”. La expresión statistical record, indica un sistema de records usados con fines de investigación o de clasificación; pero no para obtener informaciones ni datos relativos de una determinada persona⁴⁷.

El Privacy Act no es entendido como una ley autónoma: constituye más bien un régimen de excepción al principio general puesto en 1966 por el Freedom of Information Act (FOIA), en el cual se reconocía el “derecho de saber” por parte de los ciudadanos frente a las entidades públicas. También en FOIA estaba

(4) Si al ocasionarse el daño patrimonial hay un concurso de culpa del dañado, se aplica el art. 254 del BGB (relativo a la compensación de obligaciones).

(5) El derecho a la indemnización es hecho valer frente a la magistratura ordinaria.

(6) Toda pretensión ulterior queda a salvo”.

⁴⁵ ALPA, op. cit., 209.

⁴⁶ ALPA, op. cit., 210-211.

⁴⁷ ALPA, op. cit., 212.

destinado a regular las relaciones entre ciudadanos y la administración pública, siendo su finalidad, justamente, la de asegurar a todo ciudadano el acceso a todas las informaciones sobre los entes públicos y depositadas en los entes públicos. Se entendía así regular formas de participación directa y al mismo tiempo, elevar a principio general la exigencia de una auténtica transparencia de las actividades administrativas. En este sentido el Privacy Act integra el FOIA bajo dos aspectos particulares: por un lado, pone una barrera a la circulación de las informaciones relativas a la privacy de los ciudadanos y por el otro, facilita el ejercicio del “derecho a saber”, por parte de los interesados, vale decir, de los “investigados”. Es por esto que se considera al Privacy Act un modelo desagregado, porque no se puede entender su significado normativo sin conocer las normas del FOIA, a la cual hacer referencia per relationem⁴⁸.

El Freedom of Information Act dispone la publicidad de una serie amplia de actos administrativos, obligando a las agencias a publicar en el Federal Register las informaciones que se refieren a cuatro categorías de actos:

1. La descripción del organigrama central y periférico de los entes, de los lugares y de las oficinas en los cuales los interesados pueden solicitar informaciones.
2. Las funciones, los modos y los métodos de actividad de la agency, los reglamentos relativos a los procedimientos y las informaciones necesarias para la participación a los procedimientos.
3. Las normas emanadas por delegación del legislativo y las enmiendas a tales disposiciones.
4. Se prevén otras formas de publicación de los actos que permiten a los ciudadanos, de manera individual o grupal, conocer las decisiones de la agency y las direcciones interpretativas elaboradas por la agency en materia de actividad administrativa, entre éstos, los “códigos” de comportamiento de la agency.

Como ya se adelantó, el FOIA introdujo el “derecho a saber”: hacer accesibles a los ciudadanos todos los documentos, archivos y datos recogidos por las agencias, salvo algunas excepciones. El derecho a saber no se aplica a nueve tipos⁴⁹ de información:

1. Cuando la información podría entrar en conflicto, si es difundida, con el interés público y la seguridad nacional.
2. Funcionamiento interno de la agency.
3. Actuación de otras leyes específicas.
4. Secretos comerciales.
5. Memoranda internos de las agencias.

⁴⁸ ALPA, op. cit., 215-216.

⁴⁹ ALPA, op. cit., 216.

6. Vinculaciones internas entre las agencias.
7. Fichas médicas y fichas del personal.
8. Investigaciones realizadas por las agencias para la tutela de la seguridad interna y la lucha contra el crimen.
9. Operaciones financieras, actividades de extracción, con particular referencia a las extracciones de petróleo.

Sin embargo, el FOIA no indica los métodos de clasificación de las informaciones. Este Act contiene sólo algunas disposiciones de menor relieve, respecto a la disciplina general prevista por otros procedimientos (y por las mismas agencias, que tienen la prerrogativa de elaborar códigos internos de clasificación y archivo de datos). La disciplina general es organizada en gran parte por un Executive Order de 1972⁵⁰.

El sistema de clasificación de datos está organizado en forma de pirámide al revés: la punta, de la cual emanan los principios fundamentales, está constituida por el National Security Council, la base, en cambio, sólo por las agencias que están legitimadas para ello por el Council. No todas las agencias tienen el poder de proceder a la clasificación de los datos recogidos. Las agencias que no tienen esta prerrogativa deben transmitir los datos recogidos a las otras que están dotadas de tal competencia. En el desenvolvimiento de sus funciones, el Council está asistido por un Comité (Interagency Classification Review Committee, ICRC), al cual todas las agencias envían sugerencias, pedidos e indicaciones. El público está invitado a hacer lo propio⁵¹.

Sobre la base de las directivas emanadas por el Council, las agencias que tienen legitimación elaboran códigos internos de clasificación de datos. Generalmente, los datos son clasificados en tres categorías, según su relevancia a efectos de seguridad interna y externa. Se distinguen, en escala jerárquica, los datos top secret, cuya revelación puede provocar un daño excepcional a la seguridad nacional, los datos simplemente secret, cuya revelación puede causar un daño grave y los datos confidential, cuya difusión puede ocasionar un daño "razonablemente relevante"⁵².

Se prevé un sistema de reglas para definir la "vida" de la información, que permita, por un lado, el uso eficiente de los elaboradores y la "sustitución" de las informaciones y por el otro, la eliminación de datos que, con el tiempo, pueden haber perdido su valor originario. Se procede a la clasificación de modo mecánico, desde el momento que se debe conservar "sólo el mínimo de informaciones útiles para la seguridad nacional"⁵³.

En la práctica, el sistema funciona de manera menos lineal y orgánica de cuanto se podría pensar. En efecto, los comentaristas evidencian que a menudo, por razones de seguridad, se falsifican los datos conservados y se difunden

⁵⁰ ALPA, op. cit.

⁵¹ ALPA, op. cit., 216-217.

⁵² ALPA, op. cit., 217.

⁵³ ALPA, op. cit.

notician alteradas intencionalmente, se recogen informaciones que trascienden las finalidades propias de las agencias, se conservan noticias por un período mucho más largo que el previsto, incluso, las tareas de clasificación no obedecen a criterios nacionales, sino asumen –como es comprensible- tintes políticos, desde el momento que el 95% de datos está custodiado por la central Intelligence Agency y por los Ministerios de Defensa y de Justicia⁵⁴.

El imperfecto funcionamiento del sistema de clasificación es documentado por un alto contencioso en esta materia. Existen algunos casos en los cuales las agencias son renuentes a proporcionar las informaciones solicitadas, por otro lado, hay una orientación “cauta” de las cortes que, para con entrar en conflicto con los criterios de oportunidad seguidos por el gobierno de turno, tienden a alinearse a las decisiones de las agencias, en vez de reconocer las pretensiones de los particulares⁵⁵. Ello nos evidencia un sistema de leyes y procedimientos basado en los principios de acceso a la información (con numerosos límites) y de objetividad (relativa) de los criterios de clasificación⁵⁶.

El Privacy Act, en lo que se refiere a la recolección de la información, se preocupa de indicar dos criterios fundamentales, que sirven para seleccionar los datos: el primero se refiere al nexo entre tipo de información y finalidad de la agency (criterio funcional) y el segundo, de naturaleza objetiva, se refiere al contenido de la información, estando prohibida la recolección de informaciones “personales” de los administrados. Se trata, como resulta evidente, de criterios muy elásticos, que confían a las agencias poderes de investigación amplios: cualquier información puede ser adquirida, si puede calificarse como relevante a los fines perseguidos por la agency. Ejemplos numerosos de recolección de datos, no siempre pertinentes a las finalidades institucionales del ente, demuestran que la elasticidad del criterio se transforma en una débil tutela de los interesados⁵⁷.

Sin embargo, estas formas de protección se refuerzan por el segundo criterio de selección. En otras palabras: las agencias no pueden recoger informaciones (y si son recogidas, no pueden conservarlas), cuando éstas se refieran “al modo en el cual cada individuo ejercita los derechos derivados de la Primera Enmienda, a menos que no haya una autorización explícita del interesado”. Por consiguiente, la selección de datos de naturaleza persona es, mas bien, contenida: si no se pueden archivar datos sobre las orientaciones religiosas, sobre las adhesiones a grupos y asociaciones, sobre la manera del ejercicio de la libertad de información, si se puede adquirir información sobre las orientaciones sexuales, sobre la vida matrimonial y familiar, en general, así como las relaciones de consanguinidad: “un amplio espectro de sectores en los cuales la privacy puede ser sacrificada”⁵⁸.

⁵⁴ ALPA, op. cit., 217-218.

⁵⁵ ALPA, op. cit., 218.

⁵⁶ ALPA, op. cit., 219.

⁵⁷ ALPA, op. cit., 219-220.

⁵⁸ ALPA, op. cit., 220.

También existen otras normas de tutela: por ejemplo, aquellas que prescriben que la agency, al recoger los datos, indique al interesado las normas sobre la base de las cuales está legitimada a adquirirlos; pero se subraya que esta forma de control es muy débil: se puede eludir fácilmente porque otras leyes subordinan la erogación de servicios (por ejemplo, servicios asistenciales), a la verificación de determinados requisitos para ser destinatario de los mismos, siendo obligatoria la comunicación de los datos personales, frente a lo cual, el individuo no puede desentenderse, a menos que quiera renunciar a los servicios ofrecidos. Otro motivo de evasión es la natural confianza inspirada por los órganos públicos, por lo cual los individuos son proclives a comunicar a la agency el más amplio número de informaciones personales. Al mismo tiempo, el Privacy Act no prevé la obligación, por parte de las agencias, de comunicar a los investigados la identidad de los terceros que hayan suministrado información sobre aquellos, ni la identidad de los terceros que hayan solicitado informaciones sobre los administrados. Resulta fácil ocultar las fuentes de información y los dossiers preparados con el aporte de terceros⁵⁹.

En efecto, no obstante se indique que las agencias deben dirigirse directamente al interesado para adquirir las informaciones, y sólo cuando razones logísticas y financieras lo sugieran, están autorizadas a dirigirse a terceros, es práctica común recurrir a la vía excepcional. La amplia discrecionalidad de las agencias en la recolección y en la clasificación de los datos está temperada por la configuración de algunas posiciones subjetivas que corresponden a los administrados. Al poder de la agency se contrapone el derecho de conocimiento y de acceso a los datos, por parte del interesado⁶⁰.

Como se ha observado, "derecho de conocimiento" no significa "derecho de ser informado de oficio por la agency" sobre la existencia de los datos o dossiers sobre el interesado. En un sistema que se preocupa de tutelar al individuo; pero, sobre todo, de limitar cuanto sea posible los costos de actuación del Act, informar ex officio al interesado hubiera importado un dispendio de tiempo y de energía; pero también una carga financiera considerable. Este derecho es garantizado de manera indirecta: cada año se publica en el Federal Register el aviso de la existencia de procedimientos de investigación, con indicación de su naturaleza y sobre los sistemas de records conservados, con esta finalidad, por las agencias. Es una prescripción que la agency no puede eludir. Pudiendo tomar conocimiento de iniciativas en curso dirigidas a la recolección de datos, el individuo es colocado en grado de dirigir a la agency competente, la solicitud de saber si han sido recogidos datos sobre su persona y la petición, en caso positivo, de tener el contenido⁶¹.

Sin embargo, existen hipótesis de excepción, en las cuales las agencias están exoneradas de las obligaciones correspondientes a estos derechos, como

⁵⁹ ALPA, op. cit., 220-221.

⁶⁰ ALPA, op. cit., 221.

⁶¹ ALPA, op. cit. 221-222.

es el caso de informaciones con finalidad estadística o científica, los datos de los candidatos a cargos públicos o de los dependientes del orgánico federal⁶². Al lado del derecho de conocimiento, están el derecho de control y de rectificación (right to challenge) que se ejercen sobre todas las informaciones a las cuales el interesado tiene acceso. Tienen la misma amplitud que el derecho de conocimiento y el derecho de acceso: es el interesado quien debe suministrar a la agency todo material, indicación, sugerencia, para poder operar una modificación de los datos almacenados⁶³. Si la agency ha acogido la solicitud, o en el caso de mandato judicial (ante la denegatoria de la agency), se prevé que la corrección realizada sobre los datos conservados, sea difundida a todas las agencies y a los particulares que hubiesen adquirido informaciones erróneas, para evitar ulteriores daños al interesado. Sin embargo, el Act no prevé que, una vez recibida la comunicación, las agencies que precedentemente eran depositarias de la información errada, estén obligadas a corregirla, ni se establecen plazos para el inicio del proceso de difusión de la comunicación de la corrección⁶⁴.

No se reconoce, de manera explícita, un derecho al “olvido” de los interesados, vale decir, la supresión de datos pasados, eventualmente perjudiciales para su honor o reputación⁶⁵. El modelo jurídico norteamericano se preocupa más de controlar el fenómeno de la circulación de las noticias, en vez de la exigencia de reservar al individuo un “espacio libre” en el cual desenvolver su intimidad, tratándose, por consiguiente de una ley que recurre a la regulación de procesos, en vez de la elaboración de derechos sustanciales⁶⁶.

En lo que se refiere al uso y difusión de las informaciones, el Privacy Act prohíbe que las agencies diseminen informaciones que no sean objeto de “uso rutinario”, el cual es definido como “el uso (...) para un propósito compatible con aquel por el cual la información ha sido recogida”. Sin embargo, la praxis administrativa norteamericana está plagada de “intrusiones indebidas”, “abusos de poder” y “ausencia de controles eficaces”, así como una serie de derogaciones a este principio⁶⁷.

En cuanto a los remedios, éstos pueden ser de naturaleza civil, penal y administrativa. Los remedios consisten en el resarcimiento del daño, o en la inhibición del uso de la información (injunctive relief), según el tipo de violación perpetuado por la agency. No obstante ello, se establecen límites consistentes a la imposición de sanciones: se solicita que la violación haya sido realizada

⁶² ALPA, op. cit., 223.

⁶³ ALPA, op. cit.

⁶⁴ ALPA, op. cit., 223-224.

⁶⁵ ALPA, op. cit., 224.

⁶⁶ ALPA, op. cit., 225.

⁶⁷ ALPA, op.cit., 225-226, quien menciona como excepciones las informaciones relativas a la identificación de los criminales y aquellas recogidas en el curso de procedimientos dirigidos a la represión de delitos (cit., 226).

voluntaria o intencionalmente y que la agency haya actuado de manera gravemente negligente (gross negligence). El resarcimiento del daño es pagado por el gobierno federal y no por la agency, a la cual le corresponde corregir (cumpliendo el mandato judicial) los datos erróneos⁶⁸.

En materia de sanciones, el Act. prevé multas frente a los dependientes de la agency que hayan cometido materialmente la violación, sanciones análogas son previstas para los terceros que, con pretensiones falsas, hayan obtenido informaciones de otras personas⁶⁹. Considerado en su conjunto, el sistema de sanciones es articulado; pero débil: se disponen sanciones casi exclusivamente por violaciones cometidas en la fase de "conservación" de los datos, en vez que en la fase de adquisición o difusión. Las sanciones son tenues y fácilmente pagables, logrando con ello que los particulares que quiera disfrutar económicamente las informaciones ilícitamente adquiridas, encuentren un incentivo, en vez de un impedimento, en las penas previstas⁷⁰.

A nivel jurisprudencial, se presentó un caso en 1971, en el cual dos profesores de derecho laboral, que estaban desarrollando una investigación, solicitaron una lista de nombres y direcciones a la agency del trabajo (NLRB). La finalidad de la investigación se refería al estudio de las técnicas de control seguidas por la agency en las elecciones de los representantes de fábrica y tenía el propósito de demostrar la inutilidad de algunas técnicas de control, que generaban muchos gastos y eran de poco provecho. Obtenido el rechazo por parte de la agency, que había invocado las excepciones contenidas en las normas sobre la protección de la privacy, los estudiosos se quejaron ante la corte distrital. Los jueces acogieron el pedido de los autores, recurriendo al principio del "balance de los intereses" y argumentando la utilidad pública de la investigación. La decisión fue criticada por quienes observaron que no es posible resolver el conflicto de intereses, teniendo en cuenta la finalidad de quien requiere la información, sin preocuparse del posible daño que se puede ocasionar al "investigado", por la difusión de las noticias⁷¹.

El mosaico legislativo estadounidense se acrecienta con otras leyes, como es el caso del Fair Credit Reporting Act, de 1970, el cual disciplina la actividad de información crediticia y da al consumidor el derecho de verificar las informaciones aunque sea de manera parcial e indirecta⁷². Por todo ello, nos adherimos a la opinión que el Freedom of Information Act "no es la panacea universal para el logro del Gobierno abierto, pero su práctica aplicativa representa ya, sin lugar a dudas, un referente importantísimo emplazable en el haber de los sistemas democráticos"⁷³.

⁶⁸ ALPA, op. cit., 227.

⁶⁹ ALPA, op. cit.

⁷⁰ ALPA, op. cit., 228.

⁷¹ ALPA, op. cit., 230-231

⁷² PAGANO, Aspetti economici e giuridici delle banche dati, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 111.

⁷³ REVENGA SÁNCHEZ, El acceso a información reservada por motivos de seguridad nacional

3. LA LOI RELATIVE À L'INFORMATIQUE, AUX FICHIERS ET AUX LIBERTÉS FRANCESA NO. 78-17 DEL 06.01.78

En la experiencia jurídica francesa, una intervención legislativa en materia de tutela de la persona no es un hecho insólito: la ley del 17.07.90 "dirigida a regular la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos", ya había modificado al viejo Code civil (art. 9), así como algunas reglas del código penal, de manera tal de asegurar a los ciudadanos el "respeto de la vida privada" y un verdadero y propio derecho "al secreto" y a la intimidad⁷⁴. La Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés francesa de 1978 tiene influencia del modelo sueco de 1973; pero contiene algunas directivas tomadas del Privacy Act de 1974 y de la ley federal alemana⁷⁵.

Los principios de esta ley son los siguientes⁷⁶:

1. Se establece que la informática deberá estar al servicio de cada ciudadano y su desarrollo se realizará en el marco de la cooperación internacional. No podrá atentar ni a la identidad humana ni a los derechos humanos, ni a la vida privada, ni a las libertades individuales o públicas (art. 1).
2. Ninguna decisión judicial, administrativa o privada que implique apreciación sobre la conducta humana podrá estar fundada en un tratamiento informatizado de informaciones que suministren una definición del perfil o de la personalidad del interesado (art. 2).
3. Toda persona tendrá derecho a conocer e impugnar las informaciones y los razonamientos utilizados en los tratamientos automatizados cuyos resultados se aleguen en contra de ella (art. 3).
4. Se consideran nominativas las informaciones que permitan de cualquier modo, directamente o no, la identificación de las personas físicas a que se apliquen, tanto si el tratamiento fuere efectuado por una persona física como por una persona jurídica (art. 4).
5. Se denomina tratamiento automatizado de informaciones nominativas, a todo conjunto de operaciones de la misma naturaleza referentes a la explotación de ficheros o bases de datos, y en particular las interconexiones o cotejos, consultas o comunicación de informaciones nominativas (art. 5).

en los Estados Unidos. Un balance de la aplicación de la Freedom of Information Act, en *Derecho*. PUCP, No. 51, Lima, diciembre 1997, 94. Para tener una idea del movimiento que genera esta ley, basta mencionar que en 1978, a los cuatro años de su sanción, se recibieron más de 700.000 demandas anuales para acceder a información personal (CORREA, NAZAR ESPECHE, CZAR DE ZALDUENDO y BATTO. *Derecho Informatico*, Depalma, Buenos Aires, 1987, 242).

⁷⁴ ALPA, op. cit., 243.

⁷⁵ ALPA, op. cit., 246.

⁷⁶ Los siguientes datos han sido extraídos del Boletín de Legislación Extranjera, 88-89, Madrid, enero-febrero 1989, 3-16, en el cual se encuentran tanto la versión francesa como española de esta ley. La traducción es de DARANAS PELAEZ.

6. Se crea una Comisión Nacional de Informática y de las Libertades, encargada de velar por el respeto de los preceptos de esta ley (art. 6). También tiene como función la de elevar cada año al Presidente de la República y al Parlamento una memoria en la que rendirá cuentas del cumplimiento de su misión, la cual será publicada (art. 23).
7. Los miembros y agentes de la Comisión están sujetos al deber del secreto profesional por los hechos, actos o informaciones que pudieran tener conocimiento, con motivo de sus funciones, bajo responsabilidad penal (art. 12).
8. Salvo en los casos que deban ser autorizados por la ley, los tratamientos de informaciones nominativas efectuados por cuenta del Estado, o de un organismo público o de una autoridad territorial, o de alguna persona jurídica de derecho privado que esté gestionando un servicio público, serán acordados por acto reglamentario, previo dictamen motivado de la Comisión (art. 15).
9. Serán objeto de una declaración ante la Comisión, los tratamientos automatizados de informaciones nominativas efectuados por cuenta de personas distintas de las sometidas en el art. 15, previamente a toda puesta en práctica de los mismos (art. 16)⁷⁷.
10. La Comisión pondrá a disposición del público la lista de los tratamientos, que especifique, en relación con cada uno (art. 22):
 - a) la ley o el acto reglamentario por el que se haya acordado su creación o la fecha de su declaración;
 - b) su denominación y su finalidad;
 - c) el servicio ante el cual se ejercerá en derecho de acceso⁷⁸;
 - d) las categorías de informaciones nominativas registradas, así como los destinatarios o categorías de destinatarios autorizados para recibir copia de esas informaciones.
11. Se prohíbe el recojo de datos efectuado por medios fraudulentos, desleales o ilícitos (art. 25). Asimismo, toda persona física tendrá derecho a oponerse, por razones legítimas, a que información alguna, en relación a ella, sea objeto de tratamiento. Salvo lo dispuesto en el art. 15 (art. 26).
12. Las personas de quienes se recojan informaciones de carácter nominativo deberán ser informadas de lo siguiente (art. 27):
 - a) del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas;

⁷⁷ Sin embargo, el art. 24 prevé que a propuesta o previo dictamen de la Comisión, la transmisión entre el territorio francés y el extranjero, en todas sus formas, de informaciones nominativas, que fueren objeto de tratamientos automatizados regidos por el art. 16, podrá ser sometida a previa autorización o reglamentada según modalidades fijadas por decreto acordado en el Consejo de Estado, con el fin de asegurar el respeto de los principios establecidos en esta ley.

⁷⁸ En atención a ello, el art. 34 establece que toda persona que justifique su identidad tendrá derecho de consultar a los servicios u organismos encargados de poner en práctica los tratamientos automatizados cuya lista fuere accesible al público, con el fin de saber si esos tratamientos versan sobre informaciones nominativas relativas al solicitante y, en su caso, de que se les dé traslado.

- b) de las consecuencias para ellas de una falta de respuesta;
 - c) de quiénes son las personas físicas o jurídicas destinatarias de esas informaciones;
 - d) de la existencia de un derecho de acceso y rectificación.
13. Salvo precepto legislativo en contrario, las informaciones no deberán conservarse en forma nominativa más allá de la duración prevista en la solicitud del dictamen o en la declaración, a menos que la Comisión autorice su conservación (art. 28).
 14. Toda persona que ordene o efectúe un tratamiento de informaciones nominativas se obliga por este hecho, ante las personas afectadas, a tomar toda clase de precauciones convenientes para preservar la seguridad de las informaciones y en especial, para impedir que sean deformadas, dañadas o transmitidas a terceros no autorizados (art. 29).
 15. Queda prohibido insertar o conservar dentro de una memoria informatizada, salvo conformidad expresa del interesado, datos nominativos que, directa o indirectamente, den a conocer los orígenes raciales u opiniones públicas, filosóficas o religiosas o la adscripción sindical de las personas (art. 30)⁷⁹.
 16. Se establece un régimen de excepción para el caso de las informaciones nominativas tratadas por los organismos de la prensa escrita o audiovisual, en el marco de las leyes que las regulen, en los casos en que su aplicación tuviere como efecto limitar el ejercicio de la libertad de expresión (art. 33).
 17. Podrá el titular del derecho de acceso exigir que se rectifiquen, completen, aclaren, pongan al día o borren las informaciones que, versando sobre él, fueren inexactas, incompletas, equívocas o atrasadas y cuyo recojo, utilización, comunicación o conservación, esté prohibido (art. 36)⁸⁰.
 18. Los ficheros nominativos deberán ser completados o corregidos, incluso de oficio, cuando los organismos que los lleven tuvieren conocimiento de la inexactitud o del carácter incompleto de informaciones nominativas contenidas en ellos (art. 37). Si se hubiere transmitido una información a un tercero, se notificará igualmente a éste toda rectificación o anulación, salvo dispensa otorgada por la Comisión (art. 38).
 19. En lo relativo a los tratamientos que afecten a la seguridad del Estado, la defensa y la seguridad pública, la petición se dirigirá a la Comisión, la cual designará a uno de sus miembros que pertenezca o haya pertenecido al Consejo de Estado, al Tribunal de Casación o al Tribunal de Cuentas, para que lleve a cabo todas las investigaciones convenientes y hacer que se proceda a las modificaciones necesarias. Dicho miembro podrá recabar la

⁷⁹ Este artículo establece además que podrán, sin embargo, las iglesias y las agrupaciones de carácter religioso, filosófico, político o sindical, llevar un registro de sus miembros o de sus corresponsales en forma automatizada. No se podrá ejercer sobre ellas control alguno por este concepto. Asimismo, por razones de interés público se podrán establecer excepciones a la prohibición anterior a propuesta o previo parecer favorable de la Comisión, mediante decreto acordado en Consejo de Estado.

⁸⁰ El mismo numeral prevé que, cuando lo pida el interesado, el servicio u organismo interesado

ayuda de un agente de la Comisión. Se notificará al peticionario que se ha procedido a las comprobaciones (art. 39).

20. Cuando se aplique el ejercicio del derecho de acceso a informaciones de carácter médico, éstas sólo podrán ser comunicadas al interesado por mediación de un médico designado para este fin (art. 40).
21. Las disposiciones de los arts. 25, 27, 29, 30, 31 y 33 se aplican también en materia de recojo, registro y conservación de las informaciones nominativas a los ficheros no automatizados o mecanográficos, distintos de aquellos cuyo uso constituya ejercicio estricto del derecho a la vida privada (art. 45).
22. Se establecen sanciones penales y multas frente a una serie de incumplimientos.

El modelo francés, inspirado en el principio que “la informática debe estar al servicio de todo ciudadano”, atribuye “valor normativo a un propósito importante, que está dirigido a tutelar al individuo en su vida privada, incluso en el sector de las informaciones y proteger al ciudadano de posibles abusos de otros particulares o de la misma Administración; la informática, en otros términos, adquiere la dimensión de un verdadero y propio “servicio público” y su utilización presupone un control de naturaleza pública”⁸¹. Sin embargo, se advierte que, frente a una compleja legislación sobre control de datos, se presenta, a diferencia del modelo estadounidense y alemán, una escasa jurisprudencia constitucional⁸².

4. LA DIRECTIVA 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DEL 24.10.95, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS

Esta directiva, que contiene setenta y dos considerandos, tiene como objeto la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales (art. 1.1). Establece como principios básicos los siguientes⁸³:

deberá expedir sin gasto alguno, copia del registro modificado. En caso de impugnación, la carga de la prueba corresponderá al servicio ante el cual se ejerza el derecho de acceso, salvo cuando se haya probado que las informaciones impugnadas han sido proporcionadas por el propio interesado o con su consentimiento.

⁸¹ ALPA, op. cit., 247.

⁸² ZÚÑIGA URBINA, Derecho a la intimidad y Hábeas Data (del recurso de protección al Hábeas Data), en *Derecho*, cit., 205-206, quien afirma que “a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de una legislación modélica se ha reconstruido un derecho a la vida privada con múltiples facetas” (cit., 219).

⁸³ Los datos han sido tomados del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 281, 38º. Año, 23.11.95. Edición en lengua española, 31-50.

1. Se define como datos personales a toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado")⁸⁴ (art. 2, inc. a).
2. Se entiende como "tratamiento de datos personales" ("tratamiento") a cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no, mediante procedimientos automatizados y aplicadas a datos personales, como el recojo, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción (art.2, inc. b).
3. Se distingue el "responsable del tratamiento" (art. 2, inc. d)⁸⁵, del "encargado del tratamiento" (art. 2, inc. e)⁸⁶.
4. El ámbito de aplicación de la Directiva es el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero (art. 3.1)⁸⁷.
5. Se establece que los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean (art. 6):
 - a) tratados de manera leal y lícita;
 - b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines⁸⁸;
 - c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente;
 - d) exactos y, cuando sea necesario, actualizarlos⁸⁹;

⁸⁴ El mismo numeral establece que se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

⁸⁵ El cual es definido como: "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el derecho nacional o comunitario"

⁸⁶ Descrito como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento".

⁸⁷ El mismo artículo prevé que la Directiva no se aplica, entre otros casos, en el tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal. También está fuera de esta Directiva el tratamiento es efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas (art. 3.2).

⁸⁸ Se establece que no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas.

⁸⁹ Se prescribe que deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos

- e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines que se traten ulteriormente⁹⁰.
6. Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (art. 7):
- a) el interesado haya dado su consentimiento de forma inequívoca, o
 - b) es necesario para ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o
 - c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o
 - d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o
 - e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o
 - f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección.
7. Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de datos relativos a la salud o a la sexualidad (art. 8.1)⁹¹. Una excepción a este principio, también se constituye cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional, sea en virtud de la legislación nacional, o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente al secreto (art. 8.3)

o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas.

⁹⁰ Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

⁹¹ Lo dispuesto en este apartado no se aplicará cuando (art. 8.2):

- a) el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado, o
- b) el tratamiento sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de derecho laboral en la medida que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas, o
- c) el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona, en el supuesto de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su

8. El tratamiento de datos relativos a las infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro, basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos (art. 8.5).
9. Los Estados miembros determinarán las condiciones en las que un número nacional de identificación o cualquier otro medio de identificación de carácter general podrá ser objeto de tratamiento (art. 8.7).
10. En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión (art. 9).
11. En el caso de la información producto de la obtención de datos recabados del propio interesado, se sigue al modelo francés⁹².
12. Al regular el derecho de acceso del interesado a los datos, se establece que los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento (art. 12):
 - a) libremente y sin restricciones y con una periodicidad razonable y si retrasos ni gastos excesivos:
 - la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos;

consentimiento, o

d) el tratamiento sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin fin de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a su miembros o alas personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo por razón de su finalidad y con tal que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de los interesados, o

e) el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos o sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

⁹² En efecto, el art. 10 establece que los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento o su representante deberán comunicar a la persona de quien se recaben los datos que le conciernan, por lo menos la información que se enumera a continuación, salvo si la persona ya hubiera sido informada de ello:

a) la identidad del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante;

b) los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos;

c) cualquier otra información tal como:

-los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos,

-el carácter obligatorio o no de la respuesta y las consecuencias que tendría para la persona

- la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos;
 - el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, al menos en los casos de las decisiones individuales automatizadas a que se refiere el artículo 15;
- b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de esta Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos;
 - c) la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con el punto anterior, si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.
13. Se establece como régimen de excepción, frente al principio de la calidad de los datos (art. 6.1), a las obligaciones en el caso de información obtenida de datos recabados del propio interesado (art. 10) o que no han sido recabados por el mismo (art. 11.1), al derecho de acceso (art. 12) y al principio de publicidad (art. 21), la salvaguardia de (art. 13.1)⁹³:
- a) la seguridad del Estado;
 - b) la defensa;
 - c) la seguridad pública;
 - d) la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de deontología en las profesiones reglamentarias;
 - e) un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la Unión Europea, incluidos los asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales;
 - f) una función de control, de inspección o reglamentaria relacionada, aunque sólo sea ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos a que hacen referencia las letras c), d) y e);

interesada una negativa a responder,

-la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos que la conciernen, en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se obtengan los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado.

Rige una disposición análoga para el caso que la información provenga de datos que no han sido recabados por los interesados (art. 11.1), estableciéndose un régimen de excepción para el tratamiento con fines estadísticos o de investigación histórica o científica, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados o el registro o la comunicación a un tercero estén expresamente prescritos por ley. En tales casos, los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas (art. 11.2)

⁹³ Asimismo, sin perjuicio de las garantías legales apropiadas, que excluyen, en particular, que los datos puedan ser utilizados en relación con medidas o decisiones relativas a personas concretas, los Estados miembros podrán, en los casos en que manifiestamente no exista ningún

- g) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas.
14. Se le reconoce a los interesados el derecho de oposición⁹⁴.
 15. Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc. (art. 15.1)⁹⁵.
 16. Se regula el principio de confidencialidad, al establecer que las personas que actúen bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento, incluido este último, sólo podrán tratar datos personales a los que tengan acceso, cuando se lo encargue el responsable del tratamiento o salvo en virtud de un imperativo legal (art. 16).
 17. En materia de seguridad del tratamiento, los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de datos personales contra la destrucción, accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales (art. 17.1)⁹⁶.

riesgo de atentado contra la intimidad del interesado, limitar mediante una disposición legal los derechos contemplados en el artículo 12, cuando los datos se vayan a tratar exclusivamente con fines de investigación científica o se guarden en forma de archivos de carácter personal durante un periodo que no supere el tiempo necesario para la exclusiva finalidad de la elaboración de elaboración de estadísticas (art. 13.2).

⁹⁴ El artículo 14 establece que los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a:

a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7 (interés público e interés legítimo del responsable del tratamiento de datos, respectivamente), en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos;

b) oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernan respecto de los cuales el responsable prevea un tratamiento destinado a la prospección; o ser informado antes de que los datos se usen en nombre de éstos a efectos de prospección, y a que se le ofrezca expresamente el derecho a oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o utilización.

⁹⁵ Sin embargo, el art. 15.2, prescribe que los Estados miembros permitirán, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos de la presente Directiva, que una persona pueda verse sometida a una de las decisiones contempladas en el artículo 15.1, cuando dicha decisión:

a) se haya adoptado en el marco de celebración o ejecución de un contrato, siempre que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se haya satisfecho o que existan medidas apropiadas, como la posibilidad de defender su punto de vista, para la salvaguardia de su interés legítimo; o

b) esté autorizada por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado.

⁹⁶ El mismo numeral establece que:

18. Los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento o, en su caso, su representante, efectúe una notificación a la autoridad de control⁹⁷, con anterioridad a la realización de un tratamiento o de un conjunto de tratamientos, total o parcialmente automatizados, destinados a la consecución de un fin o de varios fines conexos (art. 18.1)⁹⁸. Se establece como posible régimen de excepción, aquellos tratamientos cuya única finalidad sea la de llevar un registro que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté destinado a facilitar información al público y estén abiertos a la consulta por el público en general o por toda persona que pueda demostrar un interés legítimo (art. 18.3).
19. En materia de controles previos, se prevé que los Estados miembros precisarán los tratamientos que puedan suponer riesgos específicos para los derechos y libertades de los interesados y velarán porque sean examinados antes del comienzo del tratamiento (art. 20).
20. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la publicidad de los tratamientos (art. 21.1).
21. Se establece que sin perjuicio del recurso administrativo que pueda interponerse, en particular ante la autoridad de control instituida en esta Directiva, y antes de acudir a la autoridad judicial, los Estados miembros establecerán que toda persona disponga de un recurso judicial en caso de violación de los derechos que le garantice las disposiciones del derecho nacional aplicables al tratamiento del que se trate (art. 22).
22. Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación por el perjuicio sufrido. El responsable del tratamiento podrá

a) En caso de tratamiento por cuenta del responsable del mismo, éste deberá elegir un encargado del tratamiento que reúna garantías suficientes en relación con las medidas de seguridad técnica y de organización de los tratamientos que deban efectuarse, y se asegure de que se cumplan dichas medidas (art. 17.2).

b) En caso de tratamiento realizado por encargo, éste deberá estar regulado por contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento y que disponga, en particular (art. 17.3):

- que el encargado del tratamiento sólo actúa siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento;

- que las obligaciones del art. 17.1. tal como las define la legislación del Estado miembro en el que esté establecido el encargado, incumben también a éste.

⁹⁷ La autoridad de control está prevista en el art. 28, al establecerse que todos los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva. Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia. La autoridad de control tiene poderes de investigación, de intervención y capacidad procesal. Las decisiones de la autoridad de control lesivas de derechos podrán ser objeto de recurso jurisdiccional.

⁹⁸ Caben excepciones, en las cuales los Estados miembros podrán disponer la simplificación o la omisión de la notificación (art. 18.2).

- ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputa el hecho que ha provocado el daño (art. 23).
23. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar la plena aplicación de las disposiciones de la presente Directiva y determinarán, en particular, las sanciones que deben aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva (art. 24).
 24. Se establece que los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado (art. 25).
 25. Los Estados miembros y la Comisión alentarán la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir, en función de las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la presente Directiva (art. 27).
 26. Se crea un grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, el cual tendrá carácter consultivo e independiente (art. 29), el cual elaborará, además, un informe anual sobre la situación de la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en la Comunidad y en los países terceros, y lo transmitirá al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. Dicho informe será publicado (art. 30.6).
 27. La Comisión estará asistida por un Comité compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión (art. 31).

5. LA LEY NO. 675, DEL 31.12.96, TUTELA DELLE PERSONE E DI ALTRI SOGETTI RISPETTO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI, DE ITALIA

La ley de tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de datos personales, es el producto de una intensa iniciativa por parte de la comunidad jurídica italiana y de ciertos precedentes legislativos. Dentro de las primeras regulación normativas relativas a la tutela de la persona y a la recolección de los datos personales se encuentra el Estatuto de los trabajadores (Ley No. 300 de 1970)⁹⁹, que prohíbe toda forma de control a distancia del

⁹⁹ Cuyo art. 8 prohíbe las investigaciones "sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, así como los hechos que no son relevantes a los efectos de la evaluación de la actitud profesional del trabajador" (ICHINO, citado en la Introduzione, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 5).

trabajador¹⁰⁰. También la Ley No. 382, de fecha 17.07.78, en materia de prestaciones de servicio militar, establece en su art. 17, que “está prohibido el uso de los archivos de información a efectos de discriminación política de los militares”¹⁰¹. La Ley No. 121, del 01.04.81, de reforma de la Seguridad Pública, fija una competencia del Ministerio del Interior sobre los bancos de datos personales, en cuanto impone a los entes públicos y privados notificar a este Ministerio la existencia de sus propios bancos de datos¹⁰². Las normas de carácter reglamentario que disciplinan el uso de las informaciones recogidas por los consejos tributarios (instituidos a efectos de la verificación de la base imponible de las personas naturales, de acuerdo al art. 10, segundo párrafo, de la Ley delegada del 09.10.71, No. 825 y del art. 44 del d.p.r. No. 600 del 29.09.73) tratan de temperar la exigencia de verificar con la máxima precisión y transparencia posible, la posición fiscal de los contribuyentes, con la finalidad de reprimir la evasión de la obligación tributaria con la exigencia de no lesionar la reserva de los contribuyentes “investigados”¹⁰³.

A nivel de propuestas legislativas, se cuenta con la propuesta de ley de 1981 (proyecto Accame), la propuesta de ley de 1982 (proyecto Picano) y la propuesta de ley de 1983 (proyecto Mirabelli)¹⁰⁴.

Se puede decir que la Ley No. 675, del 31.12.96 es hija, producto de la necesidad impuesta por la Directiva Comunitaria 95/46/CE (por tanto, basada principalmente en sus principios) y del proyecto Mirabelli¹⁰⁵. Se ha observado que esta ley, no obstante su sectorial terreno de intervención, no indica ninguna fórmula general en materia de violación del derecho a la vida privada, queriendo regular, verdaderamente, controlar, los data bases¹⁰⁶.

Sus notas características son las siguientes:

1. En cuanto a su finalidad, se establece que, además de la garantía del tratamiento de los datos personales dentro del respeto de las libertades,

¹⁰⁰ LOSANO, I progetti di legge italiani sulla riservatezza dei dati personali, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 151.

¹⁰¹ Introduzione, cit., 7.

¹⁰² LOSANO, op. cit.

¹⁰³ Introduzione, cit., 8.

¹⁰⁴ LOSANO, op. cit., 152-154.

¹⁰⁵ Este proyecto, puede ser definido como una propuesta de modelo jurídico de “segunda generación”, por cuanto se basa en el sistema de notificación, seguido por un control y se construye la figura del responsable del banco de datos. Se diferencia de los modelos jurídicos de “primera generación”, que son tendencialmente muy restrictivos, sometiendo a una autorización previa la creación de toda banca de datos y que limitan drásticamente la recolección de los datos sensibles (MIRABELLI, *Banche dati e contemperamento degli interessi*, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 160).

¹⁰⁶ COSSU, Il diritto alla riservatezza nel nuovo diritto delle banche dati, en *Giurisprudenza Italiana*, año 149, 12^a. Dispensa, UTET, Torino, diciembre 1997, 363.

- los derechos fundamentales de la persona y, en particular, el derecho a la intimidad (como se regula en la Directiva), se protege la dignidad de la persona física y su derecho a la identidad personal. Se amplía el ámbito de protección a las personas jurídicas y “otro ente o asociación” (art. 1.1).
2. Se excluye del ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales efectuados por personas físicas para fines exclusivamente personales, siempre y cuando los datos no estén destinados a una comunicación sistemática o a la difusión (art. 3.1).
 3. El tratamiento de los datos personales realizado sin el auxilio de medios electrónicos o automatizados está sujeto a la misma disciplina prevista para el tratamiento efectuado con el auxilio de tales medios (art. 5).
 4. El titular¹⁰⁷ que desea realizar un tratamiento de datos personales, sujeto al campo de aplicación de esta ley, está obligado a darle notificación al Garante (art. 7). En dicha notificación, entre otros requisitos, se deberá indicar el nombre, denominación o razón social, así como el domicilio, la residencia o la sede del responsable¹⁰⁸; a falta de tal notificación, se considera responsable al notificante (art. 7.4.h).
 5. En materia de calidad de los datos, se siguen los mismos criterios del art. 6 de la Directiva (lealtad, compatibilidad, pertinencia, exactitud, actualización y conservación) (art. 9). Si del incumplimiento de esta disposición se deriva un daño al interesado, se establece que también es resarcible el daño no patrimonial (art. 29.2)¹⁰⁹.
 6. No se requiere el consentimiento del interesado cuando el tratamiento se refiere a datos relativos al desenvolvimiento de la actividad económica, recogidos incluso para los fines indicados en el art. 13, apartado 1, inciso e)¹¹⁰, dentro del respeto de la normativa vigente en materia de secreto financiero e industrial (art. 12.1.f).
 7. Se le reconocen al interesado los siguientes derechos (art. 13):
 - a) de conocimiento, mediante acceso gratuito al registro del Garante, de la existencia de tratamientos de datos que se refieran a él;
 - b) de ser informado de las generales de ley del titular y del responsable, así como de las finalidades y modalidades del tratamiento;
 - c) de obtener a cargo del titular o del responsable, sin retardo, la confirmación de los datos que se refieren a él, la lógica o finalidad del tratamiento, la cancelación y la actualización de los datos (de acuerdo a lo establecido por el art. 12 de la Directiva).

¹⁰⁷ Que es el equivalente al “responsable del tratamiento” de la Directiva.

¹⁰⁸ Que es el equivalente al “encargado del tratamiento” de la Directiva.

¹⁰⁹ Recordemos que en el código civil italiano, el art. 2059 establece que: “El daño patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por ley”:

¹¹⁰ En el que se regula el derecho de oposición (por parte del interesado), en todo o en parte, al tratamiento de datos personales que se refieren al mismo, previsto con fines de información comercial o de envío de material publicitario o de venta directa o para el cumplimiento de investigaciones de mercado o comunicación comercial interactiva y de ser informado por el titular,

- Si estos derechos se refieren a personas muertas, pueden ser ejercitados por quien tenga interés.
8. En caso de cese, por cualquier causa, de tratamiento de datos, el titular debe notificar preventivamente al Garante su destino (art. 16.1). Los datos pueden ser (16.2):
 - a) destruidos;
 - b) cedidos a otro titular, siempre que estén destinados a un tratamiento para finalidades análogas a las finalidades para las cuales los datos son recolectados;
 - c) conservados para fines exclusivamente personales y no destinados a una comunicación sistemática o a la difusión.
 9. Ningún acto o procedimiento judicial o administrativo que implique una valoración del comportamiento humano puede ser fundado únicamente sobre un tratamiento automatizado de datos personales dirigido a definir el perfil o la personalidad del interesado (art. 17).
 10. Quien ocasione daño a otro debido al tratamiento de daños personales está obligado al resarcimiento a los efectos del art. 2050 del código civil italiano¹¹¹.
 11. La comunicación y difusión de los datos personales por parte de los privados y de entes públicos económicos son admitidas (fuera de los casos establecidos en el art. 26 de la Directiva), entre otros supuestos, por los siguientes (art. 20):
 - a) en el ejercicio de una profesión de periodista o para la exclusiva persecución de finalidades relativas, en los límites del derecho de crónica puestos a tutela de la reserva y en particular de la esencialidad de la información con respecto a los hechos de interés público y en el respeto del código de deontología¹¹² (inc. d);
 - b) si los datos se refieren al desenvolvimiento de actividades económicas, dentro del respeto de la normatividad vigente en materia de secreto financiero e industrial (inc. e).
 12. La comunicación y la difusión de datos está permitida (art. 21):
 - a) cuando sean necesarias para fines de investigación científica o estadística y se trate de datos anónimos;
 - b) cuando sean solicitadas por determinados entes públicos para fines de defensa o de seguridad del Estado o de prevención, verificación o represión de los delitos, con la observación de normas de la materia.

no más allá del momento en el cual los datos son comunicados o difundidos, de la posibilidad de ejercitar gratuitamente tal derecho.

¹¹¹ Este artículo establece que: "Quien ocasione daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas a evitar el daño".

¹¹² El art. 25.2, establece que el Garante, debe promover, por parte del Consejo nacional de la orden de los periodistas, un código de deontología, respecto de los datos que éstos traten, que prevea medidas dirigidas a la garantía de los interesados, que el Consejo estará obligado a

13. Los datos sensibles pueden ser objeto de tratamiento sólo con el consentimiento escrito del interesado y previa autorización del Garante (art. 22).
14. Los datos personales idóneos a revelar el estado de salud pueden ser dados a conocer al interesado sólo a través de un médico designado por el interesado o el titular (art. 23.2). La difusión de estos datos está prohibida, salvo en el caso en el cual sea necesaria por finalidades de prevención, verificación o represión de delitos, con la observación de normas de la materia (art.23.4).
15. Salvo para los datos idóneos a revelar el estado de salud y la vida sexual, no se requiere el consentimiento del interesado cuando el tratamiento de los datos sensibles (art. 22) es efectuado en el ejercicio de la profesión de periodista y para el logro exclusivo de finalidades relativas, dentro de los límites del derecho de crónica y en particular de la esencialidad de la información con respecto a los hechos de interés público (art. 25.1)¹¹³.
16. El tratamiento de los datos personales por parte de los sujetos públicos, salvo los entes públicos económicos, está permitido sólo para el desarrollo de las funciones institucionales, en los límites establecidos por la ley y por los reglamentos (art. 27).
17. La transferencia, incluso temporal fuera del territorio nacional, con cualquier forma o medio, de datos personales objeto de tratamiento debe ser previamente notificado al Garante, cuando esté dirigido a un país que no pertenece a la Unión Europea y se refiere a los datos sensibles y a los relativos a aspectos penales (art. 28.1). La transferencia está prohibida cuando el ordenamiento del Estado de destino o de tránsito de los datos no asegure un nivel de tutela de las personas adecuado o, si se tratan de datos sensibles o relativos a aspectos penales, de igual grado a aquel asegurado por el ordenamiento italiano. Se evalúan además las modalidades de transferencia y de los tratamientos previstos, las finalidades, la naturaleza de los datos y las medidas de seguridad (art. 28.4).
18. El tratamiento, así como la cesación del tratamiento de los datos referentes a las personas jurídicas, entes o asociaciones no están sujetos a notificación (art. 26.1). Tampoco se aplican a los mismos la normatividad establecida para la transferencia de datos al extranjero (art. 26.2).
19. Los derechos del interesado (regulados en el art. 13) se pueden hacer valer frente a la autoridad judicial o con recurso al garante. No procede el recurso ante el Garante cuando, por el mismo objeto y entre las mismas

respetar. El art. 25.2 prescribe que si dentro de seis meses no se ha adoptado el código de deontología por parte del Consejo, se adoptará en sustitución uno elaborado por el Garante, hasta que no se adopte otro diverso.

¹¹³ Los límites de este derecho de los periodistas deben ser interpretados sistemáticamente con los arts. 25.2 y 25.3, detallados en la nota anterior.

partes, se haya recurrido ante la autoridad judicial (art. 29.1). Asimismo, la presentación del recurso ante el Garante, hace improponible una demanda ulterior frente a la autoridad judicial entre las mismas partes y por el mismo objeto (art. 29.2).

20. Se instituye como autoridad al Garante para la protección de los datos personales, el cual es un órgano colegiado conformado por cuatro miembros, los cuales eligen entre sí un presidente (art. 30).
21. Se establece un régimen de sanciones penales de prisión y sanciones administrativas. Se prescribe, además, que la condena por uno de los delitos previstos por esta ley importa la publicación de la sentencia (art. 38).

Frente a este modelo jurídico, se afirma que la situación de absoluta libertad ahora se invierte: tendencialmente las informaciones, incluso las de los registros administrativos, entregadas por una persona en una determinada situación, ya no pueden ser utilizadas con fines diversos, si no es con el consentimiento del interesado. En particular las instituciones bancarias y de seguros, depositarias de amplia información, deberán modificar profundamente sus comportamientos, aunque sea fácil prever obstinadas resistencias y tentativas de evasión de la nueva normatividad, trámite la predisposición de cláusulas de estilo que se harán suscribir al cliente¹¹⁴.

TERCERA PARTE

EL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO: ¿TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES O HABEAS DATA?

1. SOBRE LOS MOMENTOS FISIOLÓGICO Y PATOLÓGICO DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Cuando nace un niño, los padres (orgullosos de su obra maestra), se dedican a la complicada tarea de ponerle un nombre y en esta decisión, que para muchos puede pasar inadvertida, se revela la manera de ser de los padres. En efecto, aparte de los que –tradicionalmente- le ponen al niño o niña, el nombre del padre o de la madre, hay quienes prefieren poner un nombre de moda, otros un nombre extranjero, algunos optan por un nombre totalmente oriundo y no pocos se esfuerzan en escoger un nombre original, llegando

¹¹⁴ COSSU, op. cit., 375. Hipótesis semejante, en la cual se pretenda, mediante una cláusula predispuesta unilateralmente eludir o limitar responsabilidad por los daños derivados a los derechos de la persona, configura lo que se denomina una cláusula vejatoria, la cual sería atacada de nulidad. Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, en *Thémis*, segunda época, No. 38, Lima, 1998, 141-162.

algunos a “inventar” un nombre: tengo la sensación que esto ha ocurrido con el denominado habeas data en el sistema jurídico latinoamericano.

Sin embargo, en este caso, el orgullo del doctrinario o del legislador, no ha tenido medida: al crear (o reconocer) a este nuevo “hijo” que, en todos los ordenamientos precedentes que hemos visto, tiene en común una tutela pomenorizada y no este nombre, no sólo se le ha pretendido perennizar con esta identificación (que llamaríamos, original), sino que cada “padre” le ha dado un contenido diverso: así tenemos que para algunos es un derecho¹¹⁵ para otros es una garantía¹¹⁶, cuando no una acción¹¹⁷ o un proceso constitucional¹¹⁸. Esto, como sistema jurídico, nos crea no pocos problemas; porque, aparte de protagonizar un pasaje de “Cien años de soledad”, en el cual los pobladores de Macondo, por extrañas circunstancias, tenían objetos cuidadosamente etiquetados; pero no recordaban para qué servían, -por cuanto tenemos una etiqueta (habeas data) y cada poblador (sistema jurídico) al no tener claro para qué sirve el bien etiquetado, le está dando distinta utilidad- se genera un serio obstáculo para un fluido intercambio de datos personales más allá de las fronteras de cada país. En efecto, es un principio básico el de no autorizar la transmisión de datos fuera del país, si en el país destinatario no se garantizan las mismas seguridades en el tratamiento, difusión y conservación de esos datos.

¹¹⁵ Pareciera percibirse este concepto, cuando se lee que: “la libertad informática encierra así un derecho de autotutela de la propia identidad informática, cuya primera exigencia es la protección de los datos informáticos personales frente a aquellas personas no autorizadas para conocerlos, procesarlos, modificarlos o difundirlos, razón por la que, como una vez más señala Frosini, el primero de los contenidos cuya normación viene exigida por la efectividad de la nueva libertad es el del acceso al banco de datos, con el fin de, por un lado, poder disponer de toda la información almacenada en un archivo electrónico sobre la propia personalidad y, por otro, poder rectificar ciertos datos concernientes a la misma. Nace así el Hábeas Data” (FERNÁNDEZ SEGADO, El régimen jurídico del tratamiento autorizado de los datos de carácter personal en España, en *Derecho*, PUCP, No. 51, Lima, diciembre, 1997, 9).

¹¹⁶ Así, cuando se sostiene que “es una de las garantías constitucionales más modernas”, definiéndola como “el derecho que asiste a toda persona –identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros –públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos que impliquen discriminación (v.gr., la confesión religiosa, si el registro no tiene por objeto constatar tal situación). Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra calificaciones sospechosas incluídas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados) que, -sin darle derecho e contradecirlas- pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo” (EKMEKDJIAN y PIZZOLO (h.), *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Depalma, Buenos Aires, 1996, 1-2). En este mismo sentido, MORALES GODÓ, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995, 241.

¹¹⁷ La Constitución del Perú de 1993, en su art. 200, inc. 3, regula la Acción de Hábeas Data. Sobre su origen, cfr. TORRES Y TORRES LARA, *Derechos Humanos e Informática. La Constitución de 1993, la Informática y el hábeas data*, en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, enero-diciembre, 1996, No. 26, quien afirma que la denominación “podría no ser la más apropiada” (cit., 23).

¹¹⁸ Así, SAGÜES, *El hábeas data: alcances y problemática*, en *El Derecho Público Actual. Homenaje al profesor Dr. Pablo A. Ramella*, Depalma, Buenos Aires, 1994, 179. Sea alineada

Otro sector¹²¹ distingue "habeas data propio o tradicional", entendido como la garantía que tiende a operar sobre los datos personales, del "habeas data impropio", que pretende constituirse en medio para la obtención de información pública.

En materia de tutela de los datos personales es imperativo distinguir el momento fisiológico (reconocimiento de los derechos materiales que se tienen sobre los datos personales), del momento patológico (mecanismos procesales de tutela frente a la (o amenaza de) lesión de estos derechos). El ámbito del habeas data (si queremos denominarlo así), debe estar reservado para este último momento, debiéndolo entender como "el cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática"¹²².

Es necesario delimitar el ámbito de ambos momentos. Para el caso del momento fisiológico, se debe responder a la pregunta ¿Qué derecho (o derechos) se debe (o se deben) proteger?. No hay respuesta unívoca¹²³: algunos hablan del derecho a la intimidad, otros de la identidad, o de ambos¹²⁴, no faltan quienes le añaden el adjetivo de "informáticas"¹²⁵ y hay quienes proponen configurar "el derecho a la autodeterminación informativa"¹²⁶.

¹²¹ PUCCINELLI, El habeas data en el constitucionalismo indoiberoamericano finisecular, en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución Nacional)*, Depalma, Buenos Aires, 1999, 189.

¹²² FALCON, op. cit., 29. Dentro de esta óptica se sostiene que: "cae por su propio peso que el Hábeas Data es una figura procesal para la defensa de determinados derechos, que es propia de la disciplina que algunos conocen, estudian, divulgan, etc., como Derecho Procesal Constitucional. Lo que pasa es que su manejo, su ejercicio es procesal, pero sus fundamentos constitucionales. Lo cual no impide, que los constitucionalistas lo estudien y practiquen" (GARCÍA BELAUNDE, op. cit., 52).

¹²³ Así, se afirma que "en verdad, la doctrina y el derecho comparado en materia de habeas data arrancan del derecho personal a conocer los propios datos obrantes en registros o bancos de datos y, de ahí en más, y una vez conocidos, a modificarlos, rectificarlos, ampliarlos, proteger los datos sensibles, suprimirlos, actualizarlos, impedir divulgación, etcétera. Pues bien, no es fácil resumir en un vocablo único el concepto del bien jurídico y los derechos a los que el habeas data cubre en estos supuestos" (BIDART CAMPOS, ¿Habeas Data, o que? ¿Derecho a la verdad, o que?, en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional. 15.02.99, Buenos Aires, 24).

¹²⁴ Así, PARELLADA, El derecho de la persona y la informática, en Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992, quien sostiene que "una legislación específica protectora de los derechos a la identidad personal y a la intimidad que asuma el fenómeno informático debe partir del reconocimiento de que la dignidad de la persona humana exige que ésta no pueda ser reducida a un conjunto de datos. De tal premisa deben extraerse los derechos que le corresponden y establecerse los mecanismos garantistas de vigencia de los mismos" (cit., 225).

¹²⁵ Así, VEGA MERE, cuando habla de identidad informática, Intimidad, identidad e informática. A propósito de la Constitución peruana de 1993, en *Ius et Praxis*, cit., 57.

¹²⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, La protección de los datos personales ante el uso de la informática, en Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. No. 15, Monográfico, Madrid, 1989, 614, quien sigue el decusum de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de fecha 15.12.83. En este mismo sentido, BAZÁN, quien al referirse a la autodeterminación informativa, sostiene que: "hay que dar paso a un nuevo derecho

Asimismo, se presenta la disyuntiva si se trata de un derecho individual o de un derecho constitucional¹²⁷.

En mi opinión, partiendo de la premisa de la unicidad del fundamento de los derechos de la persona, el cual, como ya lo señalamos, reside en la realización del proyecto vital de existencia del ser humano, en materia de protección jurídica de los datos personales, debido a la vasta complejidad de la informática, la cual puede comprometer derechos insospechados (como la imagen y la voz), debemos conferir una tutela amplia a “todos los derechos de la persona”, lo cual no impide que se le dé particular atención a uno (o algunos) de ellos. El reconocimiento del principio de tutela de (todos los) derechos de la persona frente a la informática podría tener una sede materiae constitucional, civil o especial. Creo que se ha dado un paso importante con el reconocimiento constitucional, por parte de algunos países (aunque con muchos matices) de este principio¹²⁸: es hora de elevarlo a nivel de legislación uniforme en todo el sistema.

A nivel del momento patológico, debemos responder a la pregunta de ¿Cómo defiando mis derechos?. Es aquí en donde irrumpen todos los mecanismos que permiten que la tutela frente al tratamiento de los datos personales sea efectiva y no se convierta en retórica inútil, entre los cuales tenemos, a título ejemplificativo¹²⁹:

- a) el derecho de acceso a la información;
- b) el derecho a la rectificación o cancelación de datos inexactos o caducos;
- c) el derecho de exigir que los datos sean utilizados conforme con el fin para el cual fueron recogidos;
- d) el derecho de inserción de la información personal, de bancos de datos, si es presupuesto para la obtención de alguna prestación;
- e) el derecho a que no se emita un juicio de valor judicial, administrativo o privado fundado en un tratamiento informatizado de informaciones que suministren una definición del perfil o de la personalidad del interesado¹³⁰.

(o, al menos, a la reformulación de uno “clásico”, cuyos contornos se han visto desbordados o erosionados por la realidad)” (Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa, en *El cuarto poder. Expresión, información y Comunicación social*, Coordinado por SANDLER, EDIAR, Buenos Aires, 1999, 102).

¹²⁷ Como observan CORREA, NAZAR ESPECHE, CZAR DE ZALDUENDO y BATTO, op. cit., 246.

¹²⁸ Así, Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay y Perú (PUCCINELLI, Tipos y subtipos de Hábeas Data en el Derecho Constitucional Latinoamericano, con especial referencia al caso peruano, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 5, año III, Lima, 1997, 29-30)

¹²⁹ Los incisos comprendidos entre los puntos a) y d), han sido tomados de las Conclusiones del Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*; Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, 287.

¹³⁰ Tomado de la legislación francesa.

Como bien sabemos, estos derechos –como todos los demás- pueden ser entendidos bajo la perspectiva de una relación jurídica sustancial como de una relación jurídica procesal¹³¹: este último ámbito es el que –a mi entender- correspondería al denominado hábeas data.

2. ALGUNOS PRINCIPIOS A TENERSE EN CUENTA

Basándonos en la Convención del Consejo de Europa del 28.01.91, para la protección de las personas en relación a la elaboración automática de datos de carácter personal y la Recomendación de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), del 23.09.80, que se refiere a las líneas directivas sobre la protección de la vida privada y la circulación transnacional de los datos de carácter personal¹³²:

- a) el principio de corrección, en la recolección y en el tratamiento de las informaciones;
- b) el principio de la exactitud en los datos recogidos, a los cuales se acompaña la obligación de su actualización;
- c) el principio de la finalidad de la recolección de datos, que debe ser conocida antes que la recolección sea hecha y que se especifica en lo siguiente:
 - la relación entre los datos recolectados y finalidad perseguida (principio de pertinencia);
 - la relación entre la finalidad de la recolección y utilización de los datos

¹³¹ Así, se explica que: "La existencia de un caso justiciable, es decir de una cuestión jurídica supone la presencia de dos o más sujetos de derecho que participan entre sí de un conflicto de intereses con relevancia jurídica. Esa relación existente entre los futuros litigantes, base material para la existencia de un proceso judicial, recibe el nombre de relación jurídica sustancial. Es precisamente esta relación la que permite a uno de sus conformantes tener una pretensión material respecto del otro. Pues bien, esta relación jurídica sustancial, llamada también material, y caracterizada por ser conflictiva, es el antecedente directo del proceso. Precisamente, este no es otra cosa que una rama de relaciones en donde se reproducen los argumentos y medios probatorios de los sujetos en conflicto.

Este nuevo ambiente en donde la relación jurídica sustancial es discutida, hecho que ocurre ante la presencia y dirección de un tercero y en condiciones civilizadas, se denomina comúnmente proceso o relación jurídica procesal.

Atendiendo a los conceptos antes expresados, el tránsito de la relación jurídica sustancial a la relación jurídica procesal o proceso ocurre como consecuencia del ejercicio del derecho de acción por parte de uno de los litigantes, en mérito del cual este solicita al Estado tutela jurídica.

Finalmente, es necesario precisar que la existencia de una relación jurídica procesal no elimina o desaparece la relación jurídica sustancial. Esta –en tanto expresión de la realidad concreta- se mantiene como tal. Inclusive es perfectamente posible que las partes, a pesar de tener un proceso iniciado –una relación jurídica procesal establecida- puedan llegar a un acuerdo prescindiendo de este, o, de otro lado, es factible también que uno de los sujetos de la relación sustancial pueda, después de iniciado el proceso, transmitir su derecho o posición en la relación material a otro, quien procederá a actuar en este. Esta última institución se denomina sucesión procesal" (MONROY GÁLVEZ, *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Temis-De Belaúnde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996, 121-122).

¹³² Tomados de RODOTÁ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, 62-63.

- (principio de la utilización no abusiva);
- la eliminación o la transformación de datos anónimos, de las informaciones que ya no son necesarias (principio del derecho al olvido);
- d) principio de la publicidad de los bancos de datos que tratan de informaciones personales, las cuales deben estar reguladas bajo el régimen público;
- e) principio de acceso individual, a efectos de conocer las informaciones personales que hayan sido recogidas, obtener copia, solicitar la corrección de aquellas erradas, la integración de los datos incompletos, la eliminación de aquellas obtenidas ilegítimamente;
- f) principio de seguridad física y lógica de la recolección de datos.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Se ha observado con certeza que la importancia adquirida por la elaboración electrónica de los datos informativos es tal, que hoy la sociedad tecnológica es definida como "sociedad informática"¹³³. Es por ello que, quienes de una u otra manera, estamos vinculados con el quehacer jurídico debemos asumir una "conciencia informática" y promover que ésta se extienda a la población¹³⁴.

La tutela de la persona frente al tratamiento de los datos informáticos (y también mecanizados, cuando no sean de uso personal) no sólo debe limitarse al sujeto individualmente considerado, sino también en su dimensión de coexistencialidad, vale decir, como integrante de alguna formación social: es por ello que se debe ampliar la tutela de datos personales también a las personas jurídicas y demás sujetos de derecho colectivos, obviamente, en lo que le fuera aplicable¹³⁵.

Un aspecto que no puede pasar desapercibido es el del costo de la protección de los datos. En efecto, sería extremadamente peligroso evaluar en abstracto la tutela acordada por la ley a las personas. Se correría el riesgo de crear una ley perfecta; pero ineficaz, por cuanto la complejidad de los controles (y, por consiguiente, su costo) acabaría por empujar a las empresas a violar las normas, sujetándose a una eventual condena. Tarea asaz ardua y difícil es la de balancear la economía de la gestión de las empresas que traten datos personales y la tutela que merecen los derechos de las personas¹³⁶.

Frente a esta situación, el jurista debe estar atento, meditar sobre las nuevas necesidades que demanda la sociedad y diseñar modelos jurídicos producto

¹³³ Así, FROSINI, op. cit., 31.

¹³⁴ LOSANO. *La legislazione tedesca sulla protezione dei dati individuali*, cit., 288.

¹³⁵ Así, aunque de manera limitada, cuando se afirma que: "la tutela de la reserva no se puede limitarse a las personas individualmente consideradas, excluyéndolas de las formaciones sociales de las cuales forman parte y en las cuales realizan plenamente su personalidad, aunque en forma colectiva y anónima" (FROSINI, *L'informatica e la Pubblica Amministrazione*, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, cit., 141-142).

¹³⁶ LOSANO, op. ult. cit., 291.

de una seria y no apresurada evaluación de los intereses en conflicto. Es por ello que concluyo con el siguiente llamado de atención:

“Muchos tienen prisa, invocando respuestas definitivas y tal vez, tratan de imponerlas. Pero la realidad no es sólo mutable y como tal escapa continuamente de los esquemas en los cuales se desearía encerrarla: es además extraordinariamente rica, y no puede quedar comprendida dentro de las viejas categorías. Por ello se requieren análisis pacientes, reconocimientos puntuales de las nuevas cuestiones, antes de correr hacia soluciones apresuradas e ineficientes”¹³⁷.

¹³⁷ RODOTÀ, op. ult. cit., 9.



COSTITUZIONI RIGIDE E COSTITUZIONI FLESSIBILI*

Alessandro Pace

Sommario: 1. La distinzione secondo J. Bryce e secondo l'interpretazione fuorviante datane da A.V. Dicey. - 2. La funzione "garantistica" del procedimento di revisione costituzionale. - 3. Ciò che, a proposito della causa della rigidità costituzionale, era sfuggito a Dicey. - 4. Superiorità formale e sostanziale delle costituzioni rigide. - 5. Le erronee conseguenze derivanti dalla fuorviante interpretazione di Dicey. - 6. Perdurante utilità della distinzione.

1. LA DISTINZIONE SECONDO J.BRYCE E SECONDO L'INTERPRETAZIONE FUORVIANTE DATANE DA A.V. DICEY.

Tutti sanno che la distinzione tra costituzioni flessibili e rigide¹ risale a James Bryce, il quale la prospettò dapprima in due conferenze tenute nel 1884; poi (ma in forma assai sommaria) nella sua opera maggiore, e più conosciuta, "The American Commonwealth", la cui prima edizione è del 1888²; infine nel lungo saggio "Flexible and Rigid Constitutions" pubblicato nel 1901, in cui l'eminente studioso dette forma definitiva alle due conferenze del 1884³. Non tutti invece sanno che la distinzione generalmente accolta in dottrina, anche dagli studiosi più autorevoli⁴ - e cioè che le costituzioni rigide, a differenza di quelle flessibili, necessitano, per poter essere modificate, di un procedimento speciale di revisione-, non è dovuta a Bryce, ma al suo collega e amico Albert Venn Dicey, il quale, nella sua "Introduction to the Study of the Law of the Constitution" -assai più diffusa delle opere di Bryce, e soprattutto di gran lunga

* Relazione al Convegno, svolto il 20 e 21 marzo 2000, sul tema "Costituzionalismo antico e moderno. Valori, dottrine, regole" organizzato dai Dipartimenti di Diritto pubblico e di Antichità e Tradizione classica dell'Università di Roma "Tor Vergata". Il saggio verrà altresì pubblicato negli "Studi in onore di Francesco Finocchiaro".

¹ Mi si consenta, una volta per tutte, di richiamare le mie precedenti ricerche sul punto e, in particolare, La naturale rigidità delle costituzioni scritte, in *Giur. cost.* 1993, p. 4085 ss.; *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996 ora in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, p. 1 ss.; Processi costituenti italiani 1996-97, in questa *Rivista* 1997, p. 581 ss. nonché in *Studi in onore di L. Elia*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1999, p. 1127 ss.; Presentazione di J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide (Flexible and Rigid Constitutions, 1901)*, trad. it. R. Niro, Giuffrè, Milano, 1998; *Morte di una Costituzione*, in *Giur. cost.* 1999, p. 1544 ss..

² J. Bryce, *La Repubblica americana (The American Commonwealth, 1888, I ed.; 1889. II ed.; 1910, III ed.)*, trad. it. della III ed. a cura di A. Brunialti, in Biblioteca di Scienze politiche a cura di A. Brunialti, III serie, Utet, Torino, 1913.

³ J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901, pp. 145 ss..

⁴ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1908 (cito dalla X ed., curata da E.C.S. Wade, del 1962), pp. 91, 121 ss., 127 ss.. La prima edizione dell'opera di Dicey è del 1885.

più nota del saggio "Flexible and Rigid Constitutions"- aveva in tal modo interpretato (e frainteso) il pensiero di Bryce.

Bryce aveva infatti individuato la distinzione non nella specialità o meno del procedimento di revisione, ma nel diverso regime giuridico caratterizzante i due diversi tipi di costituzione, rispettivamente ricollegantisi (le costituzioni flessibili) alle costituzioni "storiche" e (le costituzioni rigide) alle costituzioni "scritte". Le prime, formate da norme di leggi ordinarie non meno che da usi e consuetudini, venivano esemplificate da Bryce con costituzioni in senso meramente descrittivo⁵, quali l'antica Costituzione di Roma e le contemporanee Costituzioni inglese e ungherese; le seconde erano, dallo studioso irlandese, identificate con le Costituzioni statunitense, svizzera, belga etc. e cioè con documenti dal contenuto precettivo promananti da una fonte differente da quella da cui provengono le altre leggi, i cui primi esempi erano da Bryce riscontrati nelle Carte delle Colonie britanniche del Nordamerica (1638), nell'"Agreement of the People" (1647) e nell'"Instrument of Government" (1653) di Oliver Cromwell.

Ebbene, la considerazione del diverso regime giuridico dei due tipi di costituzione aveva portato Bryce a sottolineare che, mentre le prime sarebbero "flessibili", perché modificabili con le forme ordinarie della legislazione, le seconde sarebbero "rigide" perché, in conseguenza della loro provenienza da un'autorità superiore e speciale, esse non sarebbero modificabili da parte delle leggi ordinarie e di qualsiasi altro tipo di fonte esistente.

La modifica mediante un procedimento speciale di revisione non è perciò, per Bryce (diversamente da Dicey), essenziale al concetto di costituzione rigida. Per Bryce la previsione di una possibilità di modifica è, infatti, solo eventuale. Che questa, e non quella riferita da Dicey, sia la tesi sostenuta da Bryce, è, del resto, comprovato da ciò, che -secondo Bryce- appartenevano a questo secondo tipo di costituzione sia le Chartes constitutionnelles francesi del 1814 e del 1830, sia lo Statuto albertino del 1848: tutte carte costituzionali le quali, com'è noto, non prevedevano procedimenti di revisione.

A tale riguardo merita, anzi, di essere sottolineato che l'assenza di un procedimento speciale di revisione non era, in queste costituzioni, casuale o frutto di dimenticanza, come, non isolatamente, ebbe ad osservare il nostro Saredo, quando si era ormai affermata la c.d. interpretazione "inglese" (flessibile) dello Statuto albertino⁶. Vero è, piuttosto, come ebbe ad osservare Tocqueville

⁵ J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, trad. it., cit., p. 7 ss..

⁶ G. Saredo, *Trattato delle leggi*, Pellas, Firenze, 1886, p. 141, il quale dopo aver affermato che lo Statuto sarebbe "la lex legum, la legge principale dello Stato" afferma, contraddicendosi, che esso sarebbe soggetto "ai principi regolatori delle altre leggi". Ed infatti, essendo, sempre secondo Saredo, "principio fondamentale che ogni legge è modificabile, così il silenzio del nostro Statuto sul modo di sua riforma non può implicare che esso non possa essere riformato". Analoga petizione di principio condiziona l'argomentazione di molti autorevoli studiosi, tra cui A. Brunialti, *Formazione e revisione delle Costituzioni moderne*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative diretta da A. Brunialti*, II serie, vol. II, Utet, Torino, 1894, p. LXXXIV ss. e C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), Giuffrè, Milano, 1964, p. 203 s..

con riferimento alle Carte francesi del 1814 e del 1830, che quelle Carte costituzionali erano volutamente immodificabili perché ad esse i monarchi costituenti (Luigi XVIII di Borbone e Luigi Filippo d'Orleans) avevano consegnato, nel contempo, sia il destino di un dato assetto costituzionale, sia quello della loro dinastia. Il che portava Tocqueville a concludere come segue: «Una parte della nostra Costituzione è immutabile perché la si è congiunta alle sorti di una famiglia; il suo complesso è pure immutabile, perché non v'hanno mezzi legali onde cangiarlo»⁷.

Ovviamente, l'assenza, in una data costituzione, di un procedimento di revisione -non diversamente dall'esplicita previsione della sua immodificabilità- se da un punto di vista giuridico "pietrifica" la costituzione stessa⁸; per contro, da un punto di vista politico, la rende assai fragile. La violazione della costituzione rappresenta infatti l'unica via perché il sistema normativo possa adeguarsi alle mutate esigenze sociali.

2. LA FUNZIONE "GARANTISTICA" DEL PROCEDIMENTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE.

La consapevolezza di questo rischio -insito nella assoluta immodificabilità giuridica (esplicita o implicita) dei documenti costituzionali- era, però, già presente a studiosi e costituenti della fine del XVIII secolo.

Essa è infatti chiaramente avvertibile, tra l'altro, sia nell'"Opinione sulle attribuzioni e l'organizzazione del Giurì costituzionale" di Sieyes (1795)⁹, sia, già prima, nella formulazione didascalica dell'ultimo comma dell'art. VI della Costituzione polacca del 3 maggio 1971 (artefice il re Stanislaw Poniatoski). Formulazione che merita di essere qui ricordata: "Volendo, da un lato, prevenire i cambiamenti sia violenti sia troppo frequenti alla nostra Costituzione nazionale; considerando, dall'altro, la necessità di perfezionarla, dopo aver sperimentato gli effetti di essa sulla pubblica prosperità, noi disponiamo che, al fine di rivedere e modificare la detta Costituzione, sia tenuta ogni venticinque anni una Dieta Costituzionale Straordinaria, secondo le modalità che saranno prescritte separatamente da una legge" (e cioè la successiva legge del 13 maggio 1791).

⁷ A. de Tocqueville, *La democrazia in America* (De la démocratie en Amérique, 1835, parte I, cap. VI), trad. it., in Biblioteca di scienze politiche e amministrative diretta da A. Bruniati, I serie, vol. I, parte 2^a, Utet, Torino, 1884, p. 103 nota 1.

⁸ Così J.M. Sempere, La reforma constitucional, in *Rev. general de legislación y jurisprudencia*, 1907, tomo 111, 262, 468 s..

⁹ E.J. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, tomo I, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 824 ed ivi l'illustrazione della funzione di garanzia connessa al procedimento di «miglioramento» dell'Atto costituzionale e, invece, il rifiuto delle Assemblee straordinarie (come quella di cui si dirà nel testo) perché foriere di agitazioni imprevedibili.

Ma v'è di più. Avendo presenti le considerazioni non solo di Sieyes, ma anche di Thomas Paine, si può addirittura affermare che, già alla fine del '700, era diffusa la consapevolezza della triplice funzione assolta dal procedimento speciale di revisione costituzionale¹⁰: evitare la fragilità politica conseguente all'assoluta immodificabilità delle norme costituzionali (la già citata pietrificazione); garantire, ciò non di meno, la relativa stabilità delle regole della costituzione scritta; rispettare infine il principio che "ogni generazione deve essere in grado di affrontare tutte le decisioni richieste dalle circostanze del suo tempo"¹¹. Ciò è comprovato dalla lettura dell'art. 1 del tit. VII della Cost. fr. del 1791 ("L'Assemblea nazionale costituente dichiara che la Nazione ha il diritto imprescrittibile di cambiare la sua Costituzione; tuttavia, considerando che è più conforme all'interesse nazionale che il diritto di riformare gli articoli di cui l'esperienza abbia dimostrato gli inconvenienti, sia esercitato solo con i mezzi previsti nella stessa Costituzione, decreta che alla riforma si proceda, da parte di un'Assemblea di revisione, nelle forme seguenti" etc. etc.). Per contro l'interpretazione "radicale" dello stesso principio, recepita nell'art. 28 della Cost. giacobina del 1793 ("Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle proprie leggi le generazioni future"), esaltando il mito della volontà generale, attuata dall'Assemblea nazionale, finiva per annullare la superiorità della Costituzione¹².

Ciò non di meno, le due soluzioni normative conducono, anche se per vie opposte, alla medesima conclusione, e cioè che la previsione di un procedimento speciale di revisione costituzionale era avvertita, sin d'allora, come una garanzia della costituzione.

3. CIÒ CHE, A PROPOSITO DELLA CAUSA DELLA RIGIDITÀ COSTITUZIONALE, ERA SFUGGITO A DICEY.

Come mai, allora, uno studioso acuto come Dicey poteva, alla fine del XIX secolo, con un'interpretazione fuorviante del pensiero di Bryce, scambiare un procedimento di garanzia costituzionale con il fondamento della rigidità della costituzione? Detto diversamente: come poteva egli ritenere che la rigidità derivi non dalla specialità dell'atto costituzionale, bensì dalla modificabilità di esso con un procedimento speciale?¹³

¹⁰ Sul punto mi si consenta di rinviare a A. Pace, L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale, in *Quad. cost.* 1997, p. 7 ss., ora in *Potere costituente*, cit., p. 127.

¹¹ T. Paine, *I diritti dell'uomo* (Rights of man, 1791-92), trad. it. M. Astrologo. Ed. Riuniti, Roma, 1978, pp. 122 ss., 276 ss..

¹² R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*. Sirey, Paris, 1931, p. 103 s..

¹³ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 127.

Probabilmente, l'equivoco di Dicey si origina dalla interpretazione –diversa da quella di Bryce- delle Chartes constitutionnelles del 1814 e del 1830, nelle quali (non diversamente dallo Statuto albertino e dalle Costituzioni spagnole del 1834, 1837, 1845 e 1876) non era previsto alcun procedimento di revisione.

Mentre Bryce le considera rigide¹⁴, opposta è l'opinione di Dicey. Nella Carta del 1830 -afferma quest'ultimo- "non una parola potrebbe essere trovata che espressamente limiti il potere legislativo della Corona e delle due Camere e ad un inglese ciò fa ritenere che, sotto la dinastia degli Orleans, il Parlamento era sovrano"¹⁵. La contraria opinione di Tocqueville -che dal silenzio serbato dalla Carta del 1830 a proposito della procedura di revisione argomentava l'immodificabilità di essa¹⁶- è tacciata da Dicey di ideologismo, senza con ciò rendersi conto che, anzi, era il contesto ideologico-culturale inglese nel quale egli operava, ciò che faceva velo al suo occhio di studioso e gli impediva di valutare i fatti nella loro precisa dimensione storica e nella loro corretta rilevanza giuridica.

In primo luogo, Dicey non si accorgeva, così argomentando, della profonda differenza intercorrente tra le Carte costituzionali francesi del 1814 e del 1830, monodocumentali¹⁷, e la Costituzione britannica, che altro non è se non un coacervo di fatti normativi e di ordinarie leggi normalmente modificabili; e che ha quindi una funzione meramente descrittiva dell'esistente struttura costituzionale.

In secondo luogo, a Dicey sfuggiva la svolta epocale sottesa alla nascita delle costituzioni scritte: gli sfuggiva sia il collegamento di esse con la Riforma protestante e la conseguente riaffermata centralità delle "Sacre Scritture" nell'esperienza religiosa -anche come strumento per la "misurabilità" del potere del Pontefice romano (non a caso Thomas Paine aveva parlato, a proposito della Costituzione del Connecticut, come di una "Bibbia politica dello Stato"¹⁸)-, sia il collegamento con i documenti politico-religiosi (i cd. compacts) dei Padri Pellegrini fuggiti in America¹⁹. Conseguentemente gli sfuggiva l'intuizione rivoluzionaria del puritano Oliver Cromwell circa la necessità di una inalterabile

¹⁴ Devo qui fare nuovamente ammenda per avere, in un primo tempo, male interpretato il pensiero di Bryce (v. La causa della rigidità, cit., p. 36 s.) a proposito delle Chartes constitutionnelles francesi. Ho spiegato poi, nella Presentazione della traduzione italiana di "Flexible and Rigid Constitutions" (op. cit., p. XXXI nota 66), le ragioni per le quali, a ben vedere, deve ritenersi che Bryce propenda per la rigidità di esse.

¹⁵ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 122 s..

¹⁶ *La democrazia in America*, cit., p. 103 nota 1.

¹⁷ L'identificazione della costituzione con un documento scritto è intuitivamente importante dal punto di vista giuridico. Infatti, qualora non si intendesse riconoscere, all'interno del sistema normativo, una differente efficacia formale ad alcune disposizioni sarebbe del tutto inutile ricomprenderle in un atto solenne, come la costituzione scritta. In questo senso v. G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato (Allgemeine Staatslehre, 1914, terzo libro)*, trad. it. M. Petrozziello, Giuffrè, Milano, 1949, p. 114; Id., *Gesetz und Verordnung*, Siebeck, Freiburg, 1887, p. 262.

¹⁸ T. Paine, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 258.

¹⁹ G. Jellinek, *La dottrina generale*, cit., pp. 100 ss..

Legge fondamentale “in ogni sistema di governo” e la conseguente emanazione, da lui voluta, dell’Instrument of Government (1653): la prima costituzione scritta (e rigida) nel mondo moderno (ovviamente priva di una clausola di revisione). Gli sfuggiva, ancora, l’importanza, per la borghesia emergente, di un disegno razionalizzatore recepito in un documento dotato di precettività²⁰. E gli sfuggiva, infine, che una volta qualificato un atto normativo come “fondamentale” o “superiore” (“paramount” aveva qualificato la Costituzione “scritta” degli Stati Uniti, già nel 1803, il Chief Justice Marshall in *Marbury v. Madison*²¹), è in quell’atto, e solo in quell’atto, che devono essere previste le clausole che ne consentono le modifiche (quand’anche limitate e parziali), mancando le quali la costituzione, essendo autoreferente, è logicamente immodificabile²².

²⁰ H. Heller, *Dottrina dello Stato [Staatsrecht, 1934, op. postuma]*, trad. it. U. Pomarici, Ed. scientif. it., Napoli, 1988, p. 416.

²¹ 1 Cranch 137 (1803).

²² Ne consegue che rientra nell’esclusiva competenza della costituzione sia la previsione di un procedimento più o meno aggravato di approvazione delle modifiche (che può passare dal “massimo” del rinnovo elettorale delle assemblee legislative, cui compete l’approvazione delle stesse, al “minimo” di consentire i cambiamenti con l’ordinario procedimento legislativo), sia la previsione di limiti materiali (assoluti). Il silenzio della costituzione, da questo angolo visuale, in ordine alla possibilità di sua modifica, non può pertanto non equivalere all’esplicita statuizione di assoluta immodificabilità (che dal punto di vista logico, è, a ben vedere, pleonastica). Conferme storiche dell’esattezza di questa ricostruzione della graduazione della rigidità delle costituzioni (che passa dall’assoluta rigidità alla totale flessibilità) sono offerte non solo, come si ricorda nel testo, dall’interpretazione originariamente favorevole all’assoluta rigidità delle Carte francesi del 1814 e del 1830, dello Statuto albertino del 1848 e della Costituzione iraniana del 1978 (v. infra il § 5), ma altresì dall’esistenza di costituzioni (appartenenti all’area culturale britannica) che, esplicitamente affermando la loro modificabilità col procedimento legislativo ordinario, negano la loro superiorità (il loro “essere” costituzioni) e, con ciò stesso, dimostrano che alla stessa conclusione (flessibilità totale) non può pervenirsi in presenza di un atto che si ponga come “superiore” ma non preveda alcun procedimento di modifica (come l’Instrument of Government).

Più di uno studioso si è cimentato nella disamina delle procedure di revisione costituzionale e dei relativi limiti, ancorché con impostazione diversa da quella qui seguita. Tra i classici v. C. Borgeaud, *Établissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe*, Thorin, Paris, 1893 e W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen. Eine Studie über das Prinzip der Starrheit und die Idee eines pouvoir constituant in den heutigen Verfassungen*, Mohr, Tübingen, 1918; tra i più recenti v. G. de Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa*, in *Giur. cost.* 1994, p. 1339 ss.; M.P. Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Giappichelli, Torino, 1997.

4. SUPERIORITÀ FORMALE E SOSTANZIALE DELLE COSTITUZIONI RIGIDE.

Le costituzioni scritte, anche quelle del '700 (tra cui la vigente Costituzione degli Stati Uniti d'America), sono pertanto rigide non già -come riteneva Bryce- perché promanano da un'autorità superiore o speciale²³, ma perché "si pongono", da un punto di vista formale, come "superiori" e "speciali" nei confronti del legislatore e delle altre fonti, il che appunto accade allorché dettano direttamente regole procedurali e sostanziali per la legge ordinaria e (indirettamente) per le altre fonti.

E', quindi, la "superiorità" della costituzione ciò che rende "superiore" l'autorità che l'ha emanata, non viceversa²⁴. E' la "specialità" dell'atto normativo denominato costituzione, ciò che rende "speciale" l'autorità che l'ha emanata, non viceversa. E ciò con due sole eccezioni: la prima è data dal monarca assoluto (per definizione "superiore") che si autolimita allorché "concede" la costituzione; la seconda si riferisce alle assemblee costituenti (per definizione "speciali") che vengono appositamente elette. Al di fuori di queste due eccezioni, si può tranquillamente affermare che l'identificazione del detentore del potere costituente (sia esso il monarca, una fazione o uno o più partiti politici; ma mai il popolo)²⁵ avviene sempre ex post, e cioè dopo l'approvazione della costituzione, se non, addirittura, dopo la legittimazione che la costituzione abbia ricevuto dal consenso popolare. Prima vi sono dei "tentativi" di esercizio del potere costituente che potrebbero avere successo, ma che potrebbero anche fallire.

La costituzione deve però essere "superiore" anche sotto un profilo sostanziale o politico. Tuttavia, proprio perché il profilo è sostanziale e politico, esso non può essere formalmente individuato a priori. Altrimenti si cadrebbe nella stessa contraddizione di quanti hanno tentato (e tuttora tentano) di individuare secondo criteri formali le caratteristiche della costituzione materiale.

²³ J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., pp. 8 ss., 63 ss..

²⁴ Affermava Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Giuffrè, Milano, 1988, p. 234, che lo Statuto albertino era, ancora nel 1914, "effettivamente una legge superiore alle altre, non per la sua origine o perché emani da una autorità superiore, ma per la sua natura, che si manifesta nella sua medesima intenzione, nella sua volontà di valere come tale" (corsivo mio). L'affermazione è significativa, non solo perché è evidente il riferimento alla contraria opinione di Bryce, ma anche perché costituisce un'autorevolissima conferma della originaria "rigidità" dello Statuto. ("Tale concezione" -sottolinea infatti Romano- "pur non essendo mai venuta meno, si è notevolmente attenuata": op. loc. cit.).

²⁵ La funzione esplicata dal popolo nel processo costituente è infatti quella, ben diversa, di "legittimare" la costituzione (v. ancora A. Pace, *L'instaurazione di una nuova Costituzione*, cit., ora in *Potere costituente*, cit., pp. 144 ss.); legittimazione che non consiste nella mera approvazione successiva da parte del popolo. Per fare un solo esempio, il popolo tedesco ha "legittimato" il Grundgesetz del 1949, pur non avendo conferito alcun mandato ad una apposita Assemblea costituente, e pur non avendo mai formalmente approvato quanto deliberato dal "Parlamentarische Rat" dal 16 al 22 maggio 1949.

Tanto premesso, con la locuzione “profilo sostanziale o politico della superiorità della costituzione” alludo qui ai contenuti del disegno costituente e -nell’ipotesi di instaurazione pacifica di un nuovo ordinamento costituzionale- anche alle modalità seguite per attuarlo [ad esempio, l’uso meramente strumentale di norme dell’ordinamento costituzionale che si intende abbattere, lo “stiracchiamento” (“stretching”, nel lessico di Bryce) delle norme sul procedimento di revisione, l’utilizzo delle sedi in cui suole essere esercitato il potere “legittimo”]: elementi -sia quelli contenutistici (un certo disegno costituzionale, sia essa liberale o autoritario, egualitario o razzista)²⁶, sia quelli procedurali- che conferiscono entrambi “legittimità” al progetto costituente e che ne facilitano la successiva “legittimazione” popolare.

Nonostante che la “superiorità” e la “rigidità” siano le due facce della stessa medaglia, la superiorità non si identifica, però, senza residui, nella rigidità. Ad esempio, si può bensì affermare che la “common law” sia “superiore”, in date materie, agli atti normativi dell’esecutivo (si pensi al “Case of Proclamations” del 1611)²⁷; essa però non potrebbe mai dirsi “rigida”, perché, tra l’altro, difetta della forma scritta. A sua volta, un atto del “King in Parliament” -e cioè una legge- è certamente “superiore” rispetto alla “common law” in materia penale (così, ancora, l’opinione di Lord Coke nella stessa sentenza), ma certamente non può dirsi “rigido” né nei confronti della “common law”, né nei confronti dei regolamenti, perché difetta della “specialità” che contrassegna (e deve contrassegnare) il documento costituzionale.

La “rigidità” è pertanto un attributo della sola costituzione scritta (sia essa unidocumentale o, eccezionalmente, pluridocumentale²⁸), la quale, formalmente, si ponga come superiore e, sostanzialmente, venga legittimata dal consenso popolare in ragione del suo contenuto²⁹ ovvero di altri concomitanti fattori

²⁶ Sulla differenza tra costituzioni e costituzionalismo, mi si consenta di rinviare a *Potere costituente*, cit., p. 106 ss., v. infra la nota 29.

²⁷ “The Case of Proclamations” (1611), 12 Co. Rep. 74, in D.L. Keir e F.H. Lawson, *Cases in Constitutional Law*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 112.

²⁸ ... come la Costituzione francese del 1875 (composta da varie leggi costituzionali) o la vigente Costituzione dello Stato d’Israele (composta da varie leggi fondamentali). La rigidità di quest’ultima è stata definitivamente affermata dalla Corte Suprema di Israele con la sentenza nel caso United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village (1995). Ampii estratti di questa importante (e motivatissima) decisione -oltre trecento pagine!- sono riportati nella *Israel Law Rev.*, vol. 31, 1997, p. 764 ss..

²⁹ Il contenuto può essere il più vario e non necessariamente include il riconoscimento a tutti dei diritti fondamentali. Un’impostazione di questo genere (che parte da un’interpretazione fuorviante e sopravvalutante dell’art. 16 Dich. fr. dir. uomo del 1789) è giuridicamente e storicamente inesatta e confonde le costituzioni con il costituzionalismo (v. supra la nota 22). Un indirizzo politico costituzionale discriminatorio e razzista potrebbe, anzi, essere più pagante, nel concorso di talune circostanze di fatto, in termini di legittimazione popolare, di quanto non lo possa essere un indirizzo “democratico” o un indirizzo “liberale”.

soggettivi e/o politici³⁰.

Dal canto loro, le costituzioni flessibili possono essere di due specie: a) costituzioni in senso meramente descrittivo; b) atti normativi speciali dotati di efficacia soltanto dispositiva nei confronti delle leggi ordinarie.

La specie sub a) è rappresentata dalle costituzioni "storiche" tra cui quella inglese. Con tale locuzione "Costituzione inglese" si individua infatti l'insieme delle leggi e delle consuetudini "che hanno carattere politico"; ma "la definizione è troppo vaga per avere un valore scientifico, imperocché non si troverebbero tre giureconsulti d'accordo circa le leggi che devono essere considerate politiche"³¹.

La specie sub b) si realizza invece allorché la costituzione, benché contenuta in uno o più documenti ufficiali, non si ponga come "superiore", in via di principio, rispetto alle leggi ordinarie (essa perciò è efficace solo se non specificamente derogata)³². Questa specie ricorre in due ipotesi. La prima ipotesi (b1) si ha quando una costituzione scritta statuisca esplicitamente la propria modificabilità da parte delle leggi ordinarie [è, questo, ad esempio, il caso della Costituzione spagnola del 1808 (il cd. Statuto napoleonico di Bayona); della Costituzione sudafricana del 1961, che altresì "vietava" il sindacato giurisdizionale di costituzionalità e del previgente Constitution Act del 1852^{32bis}]. La seconda ipotesi (b2) ricorre, invece, quando la costituzione, pur essendo

A ciò si aggiunga che il contenuto di una costituzione potrebbe essere il più vario, in aggiunta, beninteso, alla normativa sulla forma di Stato e di governo (questa, sì, storicamente e politicamente ineludibile). Ed infatti "soltanto al costituente spetta la decisione su quali norme giuridiche siano da considerare così importanti da poter essere recepite nella Carta costituzionale, partecipando in tal modo alla sua garanzia di stabilità" (H. Heller, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 423). Non ci si deve scandalizzare, in altre parole, se nella materia costituzionale vengano fatti rientrare il divieto di fabbricazione di bevande alcoliche e la disciplina dell'immagazzinamento del grano e dei cereali. Del pari, non ci si deve scandalizzare se, appena cinquant'anni fa, nelle costituzioni non v'era traccia della tutela dell'ambiente. Ed infatti "su quello che la carta costituzionale regola, decidono, come nel caso della riserva generale di legge, la tradizione, la finalità politica, la situazione di potere e la coscienza giuridica" (così ancora H. Heller, op. loc. cit.).

³⁰ Non si è mai riflettuto a sufficienza sulla circostanza che la legittimazione di una costituzione può essere motivata -o comunque facilitata- da circostanze estranee alla costituzione in sé e per sé considerata, quali il carisma dell'uomo politico che pretende l'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale o le conseguenze d'ordine generale (ad es., la pace sociale o, comunque, la sicurezza personale) che solo la vittoria del "partito costituente" potrebbe arrecare al paese.

³¹ J. Bryce, *La Repubblica americana*, cit., p. 430.

³² È, questa, la conclusione a cui -con riferimento allo Statuto albertino, ormai divenuto costituzione "flessibile"-, era generalmente pervenuta la dottrina dell'epoca la quale ribadiva l'inopportunità politica di una esplicita abrogazione. V. ad esempio V. Miceli, *Principii di diritto costituzionale*, SEL, Milano, 1913, p. 471 s.; Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, cit., p. 234 s.; Id., *Corso di diritto costituzionale*⁶, Cedam, Padova, 1941, p. 303 ss. (il quale parla anche di un'efficacia direttiva dello Statuto); O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico*⁴, Cedam, Padova, 1934, p. 266; E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1937, p. 18; V. Crisafulli, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi* (1938), in *Studi in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, p. 696 ss. (con specifico riferimento agli artt. 24 e 26 St. alb.).

^{32bis} Diversamente dal *Constitution Act* del 1852, modificabile con l'ordinario procedimento legislativo per disposizioni espressa contenuta nell'*Amendment Act* del 1947, la vigente costituzione

immodificabile (come lo Statuto albertino) ovvero modificabile solo con un procedimento speciale (come la Costituzione prussiana del 1850³³ e la Costituzione imperiale tedesca del 1871³⁴), divenga modificabile in conseguenza del contesto culturale nella quale essa si trova ad operare.

Con riferimento alla ipotesi sub b2) la realistica lezione di Bryce è tuttora di grandissimo interesse. La scrittura (e la conseguente rigidità) non costituisce un baluardo insuperabile contro possibili violazioni sia surrettizie, sia, addirittura, esplicite della costituzione, se queste violazioni incontrino il favore della pubblica opinione. Di fronte ad una restrizione, disposta dalla costituzione a carico del legislatore -una restrizione che, in date circostanze, potrebbe risultare inopportuna- le vie suggerite da Bryce sono tre: 1) rispettare la costituzione, ancorché il pubblico interesse ne sia pregiudicato e ciò conduca al discredito di essa; 2) modificare la costituzione, là dove questa lo consenta o laddove il procedimento di modifica non sia troppo macchinoso; 3) interpretare, per così dire, "estensivamente" la costituzione³⁵.

Una interpretazione "estensiva" che potrebbe, in effetti, equivalere ad una "fuga" dalla medesima, ma che "può produrre minor danno alla fede pubblica di un'aperta violazione". Del resto -ricorda ancora Bryce- "l'esperienza ha (...) dimostrato che, laddove l'opinione pubblica si orienti decisamente in favore della linea di condotta seguita dall'autorità legislativa, ancorché «stiracchiando» la costituzione, le stesse Corti vengono influenzate da quella opinione e allora i giudici si muoveranno fin dove -e talvolta, se possibile, anche un po' più oltre- la personale coscienza giuridica e la loro deontologia lo consentano; e così riterranno valido tutto ciò che il legislatore ha fatto"³⁶.

della Nuova Zelanda è parimenti flessibile, ma non vi è, nel *Constitution Act* del 1986 (che ha una mera funzione "ricognitiva" della "materia" costituzionale: **P.A. Joseph**, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*, The Law Book Co., North Ryde N.S.W., 1993, p. 99), una analoga clausola di "flessibilizzazione" prevista in uno specifico atto precettivo denominato "Costituzione". Pertanto le leggi del Parlamento (tra cui lo stesso *Constitution Act* del 1986), le quali, insieme agli atti di prerogativa, alle consuetudini, alla prassi parlamentare, alle convenzioni e alle decisioni giudiziarie, costituiscono la Costituzione (in senso "descrittivo") della Nuova Zelanda, sono ordinari atti normativi, sottoposti alla regola generale dell'abrogazione per incompatibilità da parte dell'atto successivo (**P.A. Joseph**, op., cit., p. 437).

³³ La "superiorità" (sulle leggi ordinarie) del Preussische Verfassungsurkunde del 1850 si deduce, tra l'altro, dal titolo II (sui diritti dei prussiani, e particolarmente dagli artt. 4, 7, 10, 11, 12, 14, 20, 29 e 32) ed è confermata dall'art. 107. In favore della rigidità giudizialmente garantita di tale Costituzione v. R. von Mohl, *Über die rechtliche Bedeutung Verfassungswidriger Gesetze*, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1860, p. 83 nota 1.

³⁴ La "superiorità" (sulle leggi del Reich e, a fortiori, sul diritto degli Stati membri) della Reichsverfassung si deduce dall'art. 2 ed è confermata dall'art. 78. Sulla irrilevanza giuridica dei contrasti tra leggi e Costituzione imperiale v. invece P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II, Mohr, Tübingen, 1911, p. 39 s.. Per una critica alla tesi secondo cui, qualora le leggi ordinarie e le leggi costituzionali provengano dal medesimo organo, le leggi ordinarie potrebbero derogare alle leggi costituzionali (tra gli altri, sostenuta dal Laband), v. esattamente C. Borgeaud, *Établissement*, cit., p. 305 e C. Esposito, *La validità delle leggi*, cit., p. 61. Sul punto v. però la dura replica di P. Laband, *Recensione a C. Borgeaud, Établissement*, cit., in *Archiv. öff. Recht*, 1894, vol. IX, p. 274. Per più ampi riferimenti v. la mia *Presentazione*, cit., p. XX note 27 e 28.

³⁵ J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., p. 88 ss..

³⁶ J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., p. 92.

5. LE ERRONEE CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA FUORVIANTE INTERPRETAZIONE DI DICEY.

Quali le conseguenze sul problema della rigidità costituzionale qualora si seguisse la diversa (e fuorviante) impostazione di Dicey?

È evidente, in primo luogo, che se si ritiene che costituzioni rigide sono solo quelle nelle quali è prevista una procedura speciale di revisione, ciò schiude la strada a quel vero e proprio "falso storico", quale è la qualificazione, come costituzioni flessibili, delle Chartes constitutionnelles francesi del 1814 e del 1830 e dello Statuto albertino del 1848. Se ciò fosse vero, tutte e tre tali Carte avrebbero potuto essere immediatamente modificate con legge ordinaria, ancorché, per la loro concessione, si fosse duramente lottato e sparso del sangue. In particolare la Carta del luglio 1830 avrebbe potuto essere subito modificata con una semplice legge, nonostante che, pochi giorni prima, il popolo di Parigi avesse fatto una rivoluzione in difesa della Carta del 1814 e contro le eversive ordinanze di Carlo X (motivo per il quale la Carta del 1830, all'art. 66, veniva anch'essa affidata alla tutela del patriottismo e del coraggio delle guardie nazionali e di tutti i cittadini francesi!!)³⁷.

Del pari, seguendo lo stesso ordine di idee, lo Statuto albertino³⁸ avrebbe potuto essere immediatamente modificato con legge, nonostante che la sua concessione fosse stata resa ineludibile con i moti di Genova e Torino.

Ma non solo! Per la stessa ragione, anche la Costituzione iraniana (khomeinista) del 1979, così densa di principi e valori religiosi fondanti (e pertanto immodificabile non diversamente ... dai Dieci Comandamenti!) avrebbe dovuto essere considerata flessibile per i primi dieci anni della sua vigenza. Ed infatti solo nel 1989 essa fu munita (utilizzando le stesse forme del precedente

³⁷ In favore della rigidità della Carta del 1830, oltre a A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 103 nota 1, v. G.G. Hello, *Del regime costituzionale nei suoi rapporti con lo Stato attuale della scienza sociale e politica*, trad. it., Filatre-Sebezio, Napoli, 1848, tomo II, p. 220 e le opinioni di Berriat Saint-Prix, Cormenin, Casimir Périer e Thiers citate da J. Barthelemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de juillet*, in *Rev. droit public* 1909, p. 9 nota 1, p. 11 nota 11.

³⁸ Per indicazioni di sostenitori della originaria rigidità dello Statuto, mi si consenta di rinviare al mio *La causa della rigidità costituzionale*, cit., ora in *Potere costituente*, cit., pp. 13 nota 12. 51 ss.. Un'ulteriore conferma della tesi da me sostenuta in quel saggio proviene da V. Miceli, *Analisi giuridica della nozione d'incostituzionalità* (estratto dalla *Enc. giur. italiana*), SEL, Milano, 1901, p. 17, il quale ammette che "nel primo periodo della vita costituzionale in Piemonte, la tendenza francese (favorevole alla rigidità: n.d.r.) conserva la prevalenza. Nell'indirizzo di risposta per parte della Camera al secondo discorso della Corona, viene detto che «solo la Costituente del Regno potrà mettere le nostre istituzioni in perfetta armonia col genio e coi bisogni del secolo» (27 febbraio 1849)". Aggiunge ancora il Miceli: "Dopo il disastro di Novara e i movimenti reazionari in tutta la penisola si andò man mano sostituendo la tendenza opposta (alle riforme per opera del Parlamento: n.d.r.): quella cioè di riguardare lo Statuto come un'arca santa, della quale non si poteva toccare alcuna parte", e questa opinione fu ribadita dal Sella, dal Menabrea e dal Lanza il 26 luglio 1862 (op. loc. cit.).

procedimento costituente!) di una disposizione (l'art. 177) concernente la disciplina della revisione costituzionale. Ma l'utilizzazione delle stesse forme del procedimento costituente prova a favore della (e non contro la) rigidità della Costituzione del 1979.

Ancora un accenno alle indicate Carte dell'800. L'assurdità e l'antistoricità della conclusione secondo cui il legislatore fosse "onnipotente" nei loro confronti³⁹ (ovviamente non si parlava, allora, di flessibilità!) sono rese evidenti dalla mancata considerazione che, in quegli ordinamenti costituzionali, il Re partecipava formalmente e sostanzialmente al procedimento di formazione delle leggi ordinarie, per cui la tesi che quelle costituzioni fossero modificabili con legge si scontrava comunque con la proclamata (e da tutti condivisa) loro irrevocabilità da parte del Re.

La natura di questo mio contributo non mi consente di dilungarmi di più sul punto. Rinvio perciò a quanto ulteriormente argomentato altrove, sulla base di precisi accadimenti storici e di riferimenti dottrinale dell'epoca, in favore della rigidità di quelle Carte⁴⁰. Conclusivamente mi basta qui osservare che, a conferma della flessibilità dello Statuto, sono state generalmente adottate, dagli studiosi di fine secolo, le pretese modifiche legislative (poche e -soprattutto- discutibili), apportate ad esso. E ciò senza rendersi conto dell'asciuticità di una siffatta impostazione. Per vero, una modifica, di per sé, non prova nulla circa la natura rigida o flessibile della costituzione cui si riferisce. È invece dalla natura (rigida o flessibile) di una data carta che discende la qualificazione di un fatto come violazione o come modifica. Pertanto, ammesso pure che la legge sui culti ammessi, il conferimento con legge di pieni poteri al Re per la condotta della guerra del 1859, l'approvazione dei codici del 1865 mediante deleghe al Governo etc., fossero violazioni dello Statuto (il che, a mio parere, non è affatto vero)⁴¹, si sarebbe pur sempre trattato di puntuali violazioni costituzionali e non di vicende tali da modificare la natura del "patto" costituzionale. E ciò è tanto vero che, ancora nel 1870, l'on. Ruggero Bonghi chiedeva alla Camera di dichiarare «non esservi nello Statuto alcun articolo il quale impedisce che le sue disposizioni siano modificate mediante le garanzie e le norme abituali dell'azione dei tre rami del potere legislativo nella formazione delle leggi»⁴². Il che dimostra che ancora nel 1870 la tesi della flessibilità dello Statuto fosse tutt'altro che pacifica.

³⁹ Diverso è il discorso da fare per le Costituzioni spagnole del 1834, del 1837, del 1845 e del 1876 che, quand'anche formalmente immodificabili (perché tacevano sui modi di modificazione), non riuscirono, nella prassi, a porsi come superiori. Sul punto mi si consenta, ancora una volta, di rinviare al mio *La causa della rigidità*, cit., p. 70 ss..

⁴⁰ V. ancora *La causa della rigidità*, cit., p. 38 ss..

⁴¹ A. Pace, *La causa della rigidità*, cit., p. 42 ss..

⁴² Discorsi parlamentari di Ruggero Bonghi, vol. I, Camera dei deputati, Roma, 1918, p. 189.

Essa si sarebbe però affermata di lì a poco, in quanto l'interpretazione "inglese" di esso (già preconizzata dal Cavour sin dal 1848⁴³) era la più funzionale al "continuismo" sabauda. Essa infatti evitava, una volta completata l'unità d'Italia, di dover convocare un'assemblea costituente, generalmente considerata "perniciosa", "tempestosamente aleatoria", e quindi potenzialmente rivoluzionaria⁴⁴. A tal fine, la tesi che lo Statuto fosse "lacunoso", quanto al procedimento di revisione costituzionale, e che perciò tale "lacuna" dovesse essere colmata applicando "i principi regolatori delle altre leggi"⁴⁵, calzava a meraviglia e fu, pertanto, culturalmente recepita senza rilevanti opposizioni⁴⁶.

Con il che viene dimostrata, una volta ancora, quanto siano importanti, nel diritto costituzionale e nella politica, i condizionamenti culturali⁴⁷ e come essi consentano, tra l'altro, di trasformare in flessibile una costituzione che, essendo scritta, è "naturalmente", ma non essenzialmente rigida. Il che, da Bryce, era stato, per l'appunto, chiaramente percepito, anche se non compiutamente illustrato.

6. PERDURANTE UTILITÀ DELLA DISTINZIONE.

Serve ancora a qualcosa la distinzione delle costituzioni in rigide e flessibili?

La risposta negativa è stata data da chi ha obiettato che, essendo le costituzioni flessibili assai poche, la distinzione sarebbe ormai praticamente inutile⁴⁸.

Se però si riflette che, già al tempo in cui Bryce scrisse il suo saggio, le costituzioni flessibili si contavano sulle dita di una mano, è di tutta evidenza che

⁴³ C. Cavour, Critiche allo Statuto, in *Il Risorgimento* del 10 marzo 1848, ripubblicato in *Tutti gli scritti di Camillo Cavour* a cura di G. Pischetta e G. Talamo, vol. III, Centro Studi Piemontesi, Torino, 1976, p. 1115. Il testo dell'articolo di Cavour è da me riportato in *La causa della rigidità*, cit., p. 53 nota 119.

⁴⁴ Per indicazione delle varie tesi v. il mio *La causa della rigidità*, cit., pp. 12 ss., 60 nota 132.

⁴⁵ V. supra la nota 6. Sulle lacune "apparenti" v. invece C. Mortati, voce *Costituzione dello Stato* (dottrine generali), in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 201; v. altresì C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1961, p. 626 ss.. Sulle modifiche consuetudinarie alle costituzioni rigide, oltre a C. Esposito, op. ult. cit., v. anche V. Miceli, *Analisi giuridica*, cit., pp. 10 ss., 47 ss..

⁴⁶ Tra gli oppositori v. ad es. A. Malgarini, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, Fava e Garagnani, Bologna, 1884, p. 44 ss. che ancora sosteneva la modificabilità dello Statuto solo in via plebiscitaria.

⁴⁷ Sull'importanza dei reciproci condizionamenti dello Stato, della religione e della cultura v. già J. Burckardt, *Considerazioni sulla teoria universale (Weltgeschichtliche Betrachtungen)*, 1870), trad. it. Mandalari, Mondadori, Milano, 1996, p. 87. Da un punto di vista giuridico la tesi è ricorrentemente sostenuta da P. Häberle, ad es. in *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la costituzione del pluralismo*, in AA.VV., *La democrazia di fine secolo a cura di M. Luciani*, Laterza, Bari, 1994, pp. 98 ss., 140 s., 160 nonché in *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

⁴⁸ E. Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford Univ. Press, Oxford-New York, 1998, p. 9.

ciò che muoveva Bryce non era tanto una comparazione "sincronica" delle costituzioni vigenti in quel momento, quanto l'individuazione della nozione "moderna" di costituzione attraverso la comparazione, prevalentemente "diacronica", delle costituzioni rigide con le costituzioni flessibili.

In questo senso, lo studio della rigidità costituzionale conserva, a mio parere, tutta la sua attualità e rilevanza teorica. Mentre da un lato la problematica dell'immodificabilità connessa alla scrittura evoca il contesto religioso nel quale le prime costituzioni scritte videro la luce (e, quindi, evoca quell'ansia di "assoluto" sottesa ad ogni tentativo di codificazione di una legge superiore), dall'altro, lo studio della rigidità costituzionale ci pone, brutalmente, di fronte alle ambiguità di una legge che, ancorché "scritta" e "superiore", subisce la travolgente prevalenza della pubblica opinione e non è in grado di resistere alla surrettizia forza eversiva della prassi e della consuetudine.

Siamo cioè in presenza di una legge "superiore" che, proprio per assicurare stabilità alle sue norme, deve essere "scritta", ma che, per resistere nel tempo, deve -come dice Bryce- limitarsi "all'essenziale" e lasciare "che molti dettagli vengano definiti successivamente dalla legislazione ordinaria e dalla prassi"⁴⁹. Di qui -e cioè dalla "superiorità" delle costituzioni scritte, ma anche dal ruolo ineliminabile da esse lasciato all'interprete- la rilevanza politica e l'inesauribilità della quotidiana «lotta per la Costituzione», per l'affermazione di questa o di quella interpretazione di una data norma o, addirittura, per la scoperta di un significato rimasto negletto per decenni e decenni. Una rilevanza politica che è assolutamente ineliminabile, proprio perché si riconosce alla costituzione scritta -in quanto «legge superiore»- un'autonoma capacità legittimante delle quotidiane decisioni politiche ed è pertanto di vitale importanza, per i contendenti, potersi richiamare ad essa, a conforto delle proprie tesi.

La risposta al quesito, se lo studio della rigidità costituzionale serva ancora a qualcosa, è perciò, a mio parere, positiva e lapidaria: serve, ancor oggi, per comprendere cosa sia, e a cosa serva, una costituzione scritta.

⁴⁹ J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., p. 88.

LAS APORÍAS DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

Carlos Ruiz Miguel

SUMARIO: 1. Presupuestos conceptuales: A) La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho; B) La relatividad del valor jurídico de la Constitución; C) El carácter no monopólico de la defensa de la Constitución; D) La separación de poderes como dogma constitucional; E) El control de la actividad del legislador en el esquema de la separación de poderes. 2. Las aporías sustantivas del control de la inactividad del legislador. 3. Las aporías orgánico-procedimentales del control de la inactividad del legislador. 4. Reflexiones finales. 5. Bibliografía.

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES.

A) LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN JUDICIALISTA DEL DERECHO.

Resulta claro que no es este trabajo el lugar para estudiar en profundidad el concepto de Derecho, pero no es menos cierto que, a los efectos del mismo, puede plantearse aquí uno de los tópicos más relevantes de la Teoría del Derecho, a saber, en qué medida puede tomarse como punto de partida la concepción judicialista del Derecho. La asunción o el rechazo de la misma tendrá consecuencias relevantes a los efectos de este estudio. Esta concepción, que tiene un antecedente remoto en la teoría del Derecho de Calvino (Elías de Tejada, p. 137 ss.) y un antecedente próximo en la escuela del realismo jurídico norteamericano (Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank), sostiene la tesis de que "Derecho es lo que dicen los jueces". De acuerdo con la misma, para poder hablar de Derecho, tiene que haber una pretensión judicializable, de suerte que cuando algún enunciado no pueda ser objeto de confirmación, interpretación o revisión por los jueces, tal enunciado carecería de naturaleza jurídica. La concepción judicialista es, por lo tanto, un positivismo pues sólo es Derecho lo que ha sido "puesto" por los jueces. A nuestro juicio, sin embargo, la concepción judicialista del Derecho no es compartible porque incurre en el vicio lógico de tomar la parte por el todo: es cierto que todo lo que dicen los jueces es Derecho, pero no lo es menos que también es Derecho aquello que pueden decir o hacer otros órganos o sujetos. De esta suerte, la existencia de una "justiciabilidad" del enunciado no resulta constitutiva de lo jurídico y podemos considerar como Derecho normas o enunciados que no son dichos o no pueden ser confirmados o confirmables, interpretados o interpretables, revisados o revisables por los jueces. En esta posición nos sentimos confortablemente acompañados por muy diversos teóricos del Derecho: desde el gran representante del normativismo positivista que es Kelsen, hasta uno de los más sugerentes autores del neiusnaturalismo fenomenológico como Cotta. Así, para Kelsen, el Derecho es un orden normativo globalmente eficaz y provisto de sanciones (Kelsen, 1989, p. 70). Tal orden jurídico debe conllevar diversos

niveles de normas y, como mínimo tres: las normas de producción de normas que permitirán determinar y modificar el contenido de las obligaciones, prohibiciones y autorizaciones; las normas generales y abstractas; y las normas individuales y concretas (Pfersmann, p. 487). Por su parte, Cotta considera que el *Ur-phänomen* del Derecho consiste en la eliminación de la posible injusticia mediante la coordinación estable y regular de las acciones, la superación de la enemistad mediante la razón y la regla unificadoras, sin recurrir a la fuerza, que es reducida a puro instrumento de garantía del acuerdo (Cotta, p. 99-100). Estas visiones no judicialistas son las que permiten considerar como Derecho el llamado “*soft law*”, es decir, aquellas normas que se encuentran en los ordenamientos actuales y que no son susceptibles de una ejecución forzosa por orden jurisdiccional.

B) LA RELATIVIDAD DEL VALOR JURÍDICO DE LA CONSTITUCIÓN.

El control del legislador, como es sabido, es una consecuencia del valor que se asigne a la Constitución (Blanco Valdés, p. 32). En este sentido, se ha planteado la cuestión del valor de la Constitución en términos alternativos: o bien tiene esta un “valor político” o bien tiene un “valor jurídico”. Ahora bien, creemos que esta aproximación puede ser matizada en tres sentidos.

En primer lugar, es conveniente aclarar el alcance de lo que se entiende por “valor político” de la Constitución, y ello porque contra lo que suele pensarse el modelo histórico que atribuye un “valor político” a la Constitución no implica el negar a la Constitución consideración de norma. Ocurre que se trata de una norma que, ya sea en atención a las materias que regula (“se limita a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado”, Blanco Valdés, p. 31), ya sea por sus destinatarios (resulta “aplicable a los operadores políticos”, *ibid.*) no es susceptible de fiscalización jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la Constitución no sería “*hard law*”, pero sí quedaría subsumida en lo que la terminología anglosajona llama “*soft law*”, esto es, aquellas disposiciones normativas no susceptibles de fiscalización y judicial y de ejecución forzosa.

Así, el “valor político” de la Constitución no sólo aludiría a su “naturaleza” normativa, pero de “*soft law*”, sino también al carácter de la materia regulada (de alto contenido político) y de los destinatarios de esa norma (los actores políticos por excelencia).

En segundo lugar, y aun considerando que una Constitución tiene “valor jurídico”, resulta muy esclarecedor averiguar si “todos” sus preceptos tienen el mismo “valor jurídico” o cabe establecer graduaciones en este punto. Debe recordarse a este respecto el dato fundamental de que la Constitución es, sí, una norma jurídica, pero una norma jurídica peculiar en la que los efectos jurídicos “se ven matizados de ordinario por un complicado sistema de reenvíos y de normas interpuestas que completan la sumariidad inicial del texto en un grado cuantitativa y cualitativamente más intenso que el que se utiliza en las normas ordinarias” (Nieto, p. 399). La peculiaridad de la norma constitucional

es manifiesta en dos órdenes de cuestiones: por un lado, porque en muchos de sus preceptos coinciden la figura del autor de los preceptos con la del destinatario (en preceptos tales como “el Estado deberá”, “los poderes públicos promoverán”, “la ley regulará”); por otro lado, porque en caso de que estos destinatarios incumplan la norma coinciden en la persona del Estado la figura del destinatario-cumplidor y la del destinatario-aplicador (los tribunales del Estado), ya que la coacción que utilizan los órganos del Estado que son los tribunales es la que pone a su servicio ese otro órgano del Estado que es el Ejecutivo (Nieto, p. 402-403).

En tercer lugar, debe hacerse constar que la Constitución no sólo es una norma jurídica peculiar sino, además, heterogénea. En su seno se distinguen muy diversos tipos de normas: derechos fundamentales, garantías institucionales, normas de organización, mandatos al legislador, principios fundamentales, fines del Estado. La eficacia de tales normas no es siempre la misma. Por centrarnos en el caso español, mientras las normas de derechos contenidas en los arts. 14 a 38 tienen eficacia jurídica directa e inmediata teniendo como destinatarios a “todos” los poderes públicos de acuerdo con el art. 53.1 CE, las normas de los arts. 39 a 53 sólo tienen eficacia jurídica indirecta y mediata, pudiendo ser alegadas ante los tribunales sólo de acuerdo con las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE).

C) EL CARÁCTER NO MONOPÓLICO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

Aceptando que la Constitución es una norma jurídica peculiar y heterogénea y que el Derecho no se reduce a la actividad judicial, no es difícil llegar a la conclusión de que la Defensa de la Constitución no se reduce a la actividad jurisdiccional. Así se puso de manifiesto, ya desde un primer momento, tanto en Norteamérica como en Francia, cunas de los modelos de “valor jurídico” y “valor político” de la Constitución. En Norteamérica, además de la técnica que finalmente prevaleció (la *judicial review*) se puso de manifiesto la función garantizadora de la Constitución que implicaba, por un lado, la exigencia de forma expresa, solemne y competente para modificar la norma suprema que es la Constitución (Blanco Valdés, p. 111 ss.) y, por otro, el establecimiento de ciertas instituciones de control político (no judiciales) que se idearon para defender la Constitución: el “Consejo de Censores” de Pennsylvania y de Vermont, el “Consejo de Revisión” de Nueva York (Blanco Valdés, p. 123). En Francia, por su parte, y precisamente por la propia configuración del modelo de “valor político” tan precisamente analizado por Blanco Valdés, atenderemos a una floración de propuestas de instituciones no judiciales de defensa de la Constitución: desde la rigidez de la Constitución (instituto no judicial pero indudablemente jurídico) hasta el Senado o el veto real, pasando por la posibilidad de censura popular de las leyes y actos contrarios a la Constitución, la creación de un “tribunal de censores” o el derecho a la insurrección, entre

otros (Blanco Valdés, p. 249, 262 ss.). Todavía hoy en un teórico como Häberle, nada sospechoso de “antijudicialismo”, se percibe un eco de esta tesis cuando tras reconocer que la tarea de los tribunales constitucionales no sólo es “jurídica” sino también “política”, afirma: “no sólo los tribunales constitucionales, ¡todos nosotros somos (políticamente) <guardianes de la Constitución>!” (Häberle, p. 244).

D) LA SEPARACIÓN DE PODERES COMO DOGMA CONSTITUCIONAL.

Si estimamos que puede hablarse de una ciencia del Derecho Constitucional, uno de los axiomas de la misma es la división de poderes. En palabras de Montesquieu, «es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él yendo hasta donde encuentra límites» (Montesquieu, libro XI, cap. IV, p. 106). Precisamente por eso, el propio Montesquieu consideró necesario separar tres esferas del poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En relación con el poder judicial, a su juicio, el aseguramiento de la libertad depende de la separación de la potestad de juzgar de las potestades legislativa y ejecutiva. Si la potestad de juzgar estuviera unida a la legislativa, el juez sería al propio tiempo legislador y el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si la potestad de juzgar va unida a la ejecutiva el juez podría tener la fuerza de un opresor (Montesquieu, libro XI, cap. VI, p. 107). Ciertamente, el principio de la separación de poderes formulado por Montesquieu es muy radical y por ello hoy en día es más ajustada a la realidad la lectura de este principio llevada a cabo por Madison, en virtud de la cual, lo que rechaza MONTESQUIEU no es tanto que un órgano no pueda ejercer otras funciones distintas a las de su propio “poder”, sino que **todo** el poder de un órgano sea ejercido por quien posea **todo** el poder de otro órgano, pues sería eso subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre (*El federalista*, nº XLVII, p. 206).

E) EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR EN EL ESQUEMA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

La facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes se concibe como un poder limitado, ya se atribuya al poder judicial ordinario o a un tribunal constitucional. En el modelo constitucional norteamericano de “valor jurídico” de la Constitución se podría decir con Hamilton, como regla general, pero con las matizaciones anteriormente realizadas, que la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales y, a estos efectos, una Constitución es de hecho una ley, la ley fundamental. A los tribunales corresponde declarar el significado de las leyes; ahora bien, «si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo». En esta cláusula podría adivinarse ya una prevención frente a la posibilidad de

que los jueces vayan más allá de la posibilidad de declarar nulos los actos del legislativo para pretender legislar ellos mismos. En efecto, si tal hicieran, sostiene Hamilton «no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (el legislativo)» (*El Federalista*, nº LXXVIII, p. 332 y 333.).

Coherentemente con lo antes expuesto, cuando Kelsen considera que el control de la constitucionalidad de las leyes debe conferirse a un órgano especial, afirmar que la relación entre el poder legislativo y el tribunal con poder de anular las leyes podría entenderse como una división del poder legislativo en dos sujetos. Por un lado, el órgano legislativo *stricto sensu* que se dedica a la «formación» de la ley; por otro, el órgano encargado de su eventual «anulación» (Kelsen, p. 173-174). En este esquema distributivo de poderes, al Tribunal Constitucional no le corresponde la función de legislador positivo, sino la de legislador negativo y sólo la de legislador negativo, pues si asumiera *también* la de legislador positivo quedarían subvertidos los principios de una Constitución libre (caso de que ello se hubiese hecho por disposición constitucional) y el Tribunal Constitucional habría consumado un auténtico golpe de Estado (en el supuesto de que tal operación hubiese sido realizada sin apoyo en el texto constitucional).

2. LAS APORÍAS SUSTANTIVAS DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR.

La admisión del constructo (en el sentido hayekiano de la palabra) del control de la constitucionalidad de la inactividad u omisión del legislador plantea importantes problemas sustantivos que distan de estar adecuadamente resueltos. Estos problemas radican en la necesidad de declarar el concepto de Derecho del que se parte, en la desconsideración de la peculiaridad y la heterogeneidad de la norma constitucional y en el carácter judicialista del constructo que impide dar una solución satisfactoria a la cuestión de cuando existe “dilación”.

2.A. En primer lugar, toda construcción dirigida a defender la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la inactividad del legislador, debe declarar ante todo, qué concepto de Derecho se utiliza como punto de partida. Si el punto de partida es la asunción del positivismo judicial de acuerdo con el cual “es inconstitucional lo que así declaren los jueces”, el mismo debe estar justificado de forma positiva, pero ¿dónde está el apoyo positivo de este constructo? Ciertamente, algunos ordenamientos han positivizado el mismo, pero donde esto no se ha hecho, ¿cómo justificar su introducción? Sólo si la Constitución le confiere una tal facultad un órgano puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una inactividad legislativa respecto a un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar. No es coherente defender el constructo desde una posición que pretende “superar el positivismo” cuando lo que se está haciendo es, precisamente, defender un positivismo

judicial en virtud del cual sólo puede contemplarse la normatividad de la Constitución en tanto en cuanto la misma pueda ser objeto de interpretación y declaración por los jueces. Los jueces son órganos del Estado, no órganos de la “Justicia” entendida como principio moral distinto del Derecho. Por eso, sólo pueden hacer aquello para lo que tengan competencia, y las competencias de cada órgano se fijan por el Derecho. Es más, argumentando «más allá del positivismo», el hecho de que el TC sea un órgano límite hace que la «autolimitación» o «autorestricción» en el ejercicio de sus poderes sea aún más apremiante (Schneider, p. 198).

2.B. En segundo lugar, la técnica de la «inconstitucionalidad por omisión» tal y como ha sido propuesta por diversos autores lleva consigo el tratar las normas constitucionales sin consideración a su peculiaridad. Como se ha visto, no todas las normas constitucionales tienen un mismo destinatario, algunas se dirigen al ciudadano y otras a los poderes públicos. Esto obliga a diferenciar adecuadamente los supuestos, diferenciación que no se encuentra en la mayor parte de las defensas doctrinales del constructo.

2.B.a. Caso de que las normas tengan a los ciudadanos como destinatarios, habría que determinar, primero, si estos podrían ser titulares de un “derecho”, segundo, si ese derecho tiene el grado de concreción suficiente para ser ejercido (en cuyo supuesto el problema desaparece prácticamente) y, en caso contrario, en tanto en cuanto la inactividad del legislador les cause un perjuicio se podría hablar de una responsabilidad patrimonial. Sólo entonces el plano siguiente de la discusión sería si cabe solicitar una indemnización de daños o perjuicios por las acciones (u omisiones) del legislador, cuestión ésta no pacífica y que tiene diferentes soluciones en Derecho Comparado.

2.B.b. Caso de que las normas tengan como destinatarios a los poderes públicos se daría la paradoja de que el destinatario-cumplidor (poderes públicos) y el destinatario-aplicador (tribunales del Estado) son todos ellos órganos de la misma persona, el Estado. Ahora bien, al ser “órganos” y de la misma “persona”, sólo pueden hacer aquello para lo que tienen “competencia”. En el constructo objeto de discusión, tanto el legislador como el órgano que controla su inactividad forman parte de la misma persona. La situación a la que se aboca es la siguiente: ¿puede un tribunal del Estado sancionar a otro órgano en cuanto tal (no a sus miembros *uti singuli*)? Sería absurdo que un tribunal impusiese a un parlamento una sanción de multa por haber omitido una actuación de la que se dice que es “debida”. Muy distinta sería la situación si el destinatario-cumplidor y el destinatario-aplicador fueran órganos de distintas personas jurídicas, que es lo que ocurre en el Derecho Comunitario, donde se contempla la posibilidad de que el TJUE imponga multas a los Estados que no cumplan las sentencias del Tribunal obligando a actuar al Estado para cumplir un mandato del Derecho Comunitario. Ahora bien, esta solución, propia de un ordenamiento muy peculiar como es el comunitario resulta, sin embargo, difícilmente trasladable al Derecho Constitucional de un Estado porque en el caso comunitario es un órgano de una persona jurídica (la Unión Europea o las Comunidades Europeas -dejemos

de lado el debate al respecto) quien impone una multa a otro órgano de otra persona jurídica (el Estado miembro). En el Derecho Constitucional, sin embargo, el proceso por inconstitucionalidad se basa en que un órgano (el TC) de una persona jurídica (el Estado) juzga a otro órgano de la misma persona jurídica.

2.C. En tercer lugar, este constructo ignora la heterogeneidad de las normas constitucionales. En efecto, las normas constitucionales son heterogéneas no sólo por sus destinatarios (como se ha visto), sino también por su estructura. No puede tratarse igualmente una norma que establece “fines del Estado” que una norma de estructura condicional clásica. El tratar igualmente ambos tipos de normas constitucionales supone, de un lado, aceptar un concepto de Constitución cerrada (no precisamente pacífico) estrechamente conectado con una idea del Derecho propia del positivismo judicialista; y, de otro, asumir una ideología constitucional que puede calificarse como no-democrática (Böckenforde 1976, p. 413, 419-420; Id. 1990, p. 30-31; Scheuner, p. 346-347).

2.D. En cuarto lugar, el carácter judicialista del constructo (pues en la actualidad no existen formulaciones que atribuyan el control de la constitucionalidad de la inactividad legislativa a órganos distintos de los jueces) en la aplicación del mismo conduce a problemas que no han podido ser resueltos, cual el de quien debe interpretar el “plazo” para legislar. A diferencia de lo que ocurre en la relación entre normas generales del Derecho Comunitario (directivas) y normas generales estatales o en la relación entre determinadas normas generales estatales (ley-reglamento) o entre normas generales y normas singulares (ley/reglamento-sentencia/acto administrativo) en las que el desarrollo o concreción está fijado en plazos precisos, las normas constitucionales generales que necesitan de concreción para su aplicación no disponen habitualmente un plazo para realizar tal concreción. Se plantea así el problema de cuándo hay que dar cumplimiento al mandato que eventualmente contenga la Constitución. Los autores y alguna jurisprudencia hablan de un «plazo razonable». Ahora bien, esto plantea numerosas dificultades. Por una parte, si el término para dar cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente ¿es legítimo que un poder constituido lo establezca? Por otra parte, en el difícil supuesto de que se conteste afirmativamente a la primera cuestión, ¿qué poder constituido debiera estar legitimado para juzgar la «razonabilidad» del plazo? o, en otros términos, ¿quien debe defender en este terreno la Constitución? Parece que el parlamento, a quien se le encomienda la tarea de la legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no es razonable. No cabe extender al problema de la inactividad legislativa el tratamiento que se da a la cuestión de la inactividad administrativa o judicial, pues la ley determina con precisión los plazos en los que deben actuar la administración o los jueces. Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de órganos

como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Constitucional español no siempre la actuación de un juez fuera de los plazos marcados por la ley supone una «dilación indebida». ¡Los propios Tribunales (Tribunal Constitucional Español, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) actúan fuera de los plazos que les marca la normativa que les es aplicable!

3. LAS APORÍAS ORGÁNICO-PROCEDIMENTALES DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR.

Aun habiendo superados todos los problemas (a nuestro juicio, aporías) sustantivos antes mencionados, en el caso de que se admitiera el constructo en un ordenamiento constitucional, cabría plantearse mediante qué técnica orgánico-procedimental se podría concretar este control. La primera cuestión es en qué medida la atribución competencial del constructo a un órgano como el Tribunal Constitucional vulnera el principio de división de poderes. La segunda será hasta qué punto puede salvarse el anterior obstáculo encomendando la tarea a otros órganos.

3.A. Debemos plantearnos cuál es la compatibilidad del constructo con el principio de división de poderes partiendo de la idea generalmente asumida de que la competencia para llevar a cabo este control debe corresponder a los tribunales. Este punto se halla estrechamente relacionado con la cuestión de qué consecuencia jurídica tendría el control de la inactividad del legislador. Todos los escritos acerca del constructo se enfrentan a la dificultad de atribuir una «consecuencia jurídica» a ese supuesto de hecho llamado «inactividad legislativa». Aquí el panorama del Derecho comparado no ofrece muchos datos para el optimismo.

3.A.a. Si la consecuencia jurídica del incumplimiento es una sentencia meramente declarativa tal y como ocurre, por ejemplo, en Portugal, Alemania o la Unión Europea (en relación con el recurso de carencia, inactividad u omisión, no así respecto al recurso de incumplimiento), nos encontraríamos con dos problemas. El primero sería plantearnos en qué medida una tal resolución constituye verdaderamente un acto jurisdiccional, esto es, en qué medida ello constituye una “solución a un caso”. La objeción no es sólo de principio, es también práctica, pues la posibilidad de que un tribunal emita fallos que no tiene posibilidad de imponer, en el caso de que los mismos sean efectivamente ignorados conduce a una pérdida de “autoridad” que puede contaminar peligrosamente al resto de sus resoluciones, provocando un efecto letal sobre el prestigio del tribunal. El segundo problema, consistiría en que, admitiendo que esta fórmula pudiera salvar la compatibilidad del constructo con el principio de división de poderes, el coste sería negarle cualquier eficacia práctica, en cuyo caso debemos plantearnos si, efectivamente, merece la pena introducirlo y si tan pobrísimo resultado sirve al objetivo que se marcan los defensores del constructo, a saber que la Constitución, en tanto norma jurídica, sea “cumplida y aplicada”.

3.A.b. Para intentar salvar la anterior objeción podría pensarse en configurar el constructo como una institución no “jurisdiccional” y, por lo tanto sin que la consecuencia jurídica fuese una sentencia tan siquiera de tipo “declarativo”. Se podría pensar en atribuir al Tribunal entonces una competencia de tipo “consultivo”, siendo el pronunciamiento en tal caso no una “sentencia”, sino un “dictamen”. Esta pretensión está aquejada de diversos puntos débiles. En primer lugar, los tribunales, y en especial los constitucionales (incluyendo, naturalmente, a los tribunales norteamericanos) son órganos “jurisdiccionales”, de «potestas», de control y ya en el siglo XVIII en Norteamérica se planteó la cuestión de si una tal naturaleza era compatible con la atribución a los mismos de una competencia de «auctoritas» o «consultiva». Desde aquella temprana fecha quedó zanjada la cuestión: un tribunal sólo puede ocuparse de “cases and controversies”, siendo rechazada de plano la posibilidad de que un tribunal emitiese dictámenes consultivos (posibilidad ésta, como se vio, que puede implicar que la ineficacia inherente a las competencias consultivas “contamine” las competencias decisorias, restando fuerza a las mismas fuerzas). En segundo lugar, si desconociendo la experiencia se atribuyese a un tribunal una competencia consultiva no sólo se desnaturalizaría *ipso facto* al órgano jurisdiccional, sino que, se estaría introduciendo un «virus» consistente en que a largo plazo lo que empieza siendo competencia consultiva acabe siendo competencia jurisdiccional, es decir, de «potestas», que es lo que se pretendería evitar. Debe evocarse a este respecto un fenómeno que no ha dejado de repetirse: quien tiene «auctoritas» *tiende a tener “potestas”*. Así, los tribunales de justicia, actualmente dotados de “potestad” jurisdiccional comenzaron siendo órganos consultivos de «auctoritas» del órgano que tenía tal potestad, el monarca (Ruiz Miguel, p. 16-18). Algo parecido ha ocurrido con el «Consejo de Ministros» que de «consejo» ya no tiene nada. Cuando a un órgano se le atribuyen dos competencias tan opuestas, como una «ejecutiva» (o “potestativa”) y otra «consultiva» se produce una tensión interna que en última instancia se resuelve en «ejecutivizar» o «potestatarlo» todo (con lo cual el Tribunal en cuestión queda convertido en un usurpador del legislativo) o se «consultiviza» todo (con lo que el Tribunal termina por convertirse en un órgano inútil o desprestigiado). En definitiva, la defensa del constructo bajo ese prisma de «auctoritas» supone introducir en el edificio constitucional una bomba de relojería, un virus, que a largo plazo acaba por destruirlo.

3.A.c. En el extremo opuesto se encontrarían las órdenes legislativas dictadas por los jueces en los supuestos de inacción legislativa juzgada inconstitucional constatados en algunos casos habidos en los Estados Unidos angloamericanos (Schapiro, *in toto*). A este respecto, debe recordarse nuevamente que las consecuencias jurídicas no son iguales respecto a todas las normas constitucionales (pueden variar los destinatarios o el grado de concreción de la norma). No es igual una resolución que ordena indemnizar a un perjudicado por la inactividad legislativa (lo que exigiría previamente superar el problema de si cabe solicitar tal responsabilidad patrimonial al legislador

incluso por su actividad legislativa positiva) que una resolución que ordena legislar bajo pena de cárcel o de multa o que establece ella misma una disposición legislativa. Son tres los supuestos, por tanto. El primero y el segundo, establecimiento de una pena o de una sanción, es inconcebible, de acuerdo con el principio de legalidad penal, si previamente una ley no tipifica como infracción la inactividad legislativa. El tercero, es decir, que el tribunal dicte una orden legislativa (como, por ejemplo, el establecimiento de un impuesto para sufragar una prestación) constituye una grave violación del principio de separación de poderes en tanto en cuanto el Poder Judicial *no sólo* asumiría la tarea de legislador negativo, *sino también* la de legislador positivo llegando a una situación en la que prácticamente *todo* el poder de un órgano (tanto el poder legislativo negativo como el positivo) sería ejercido por quien pose *todo* el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre.

3.B. Si, atendidas las razones anteriores, declinamos conferir a un Tribunal la tarea de controlar la constitucionalidad de las inactividades legislativas, cabría plantearse en qué medida sería conveniente atribuir tal competencia a otro órgano. Pero entonces, la cuestión es ¿a qué órgano? El procedimiento de selección del mismo debería ser muy distinto al del Tribunal Constitucional, porque la función sería muy distinta. El control de la inactividad del legislador es una tarea muy poco técnica. Por poner un ejemplo: declarar antes de la aprobación de una ley del jurado que el precepto constitucional que establece que “la ley establecerá la institución del jurado” no había sido ejecutado o desarrollado era algo evidente: para eso no hay que ser jurista. Se trataría entonces de un órgano “político” pues aquí no estamos ante cuestiones jurídicas complicadas, y esto nos lleva al inicio del problema en un auténtico círculo vicioso: ¿qué órgano “político” puede tener más legitimidad que el propio Parlamento?

4. REFLEXIONES FINALES.

4.A. El constructo discutido no se coherente bien con el principio democrático. Si seguimos este principio en toda su lógica, no hay discusión alguna acerca del hecho de que el Parlamento tiene mayor legitimidad que el Tribunal Constitucional. Por su parte, el principio de división de poderes tiene como objetivo evitar una de las posibles consecuencias del principio democrático: la tiranía de la mayoría. Ahora bien, si anulamos el principio de división de poderes la consecuencia sería: bien la afirmación del principio democrático radical (que implicaría la supresión del Tribunal Constitucional, pues bastaría con el Parlamento), bien la afirmación del principio aristocrático radical (que implicaría la supresión del Parlamento, pues bastaría con el Tribunal Constitucional). El principio de división de poderes es la más alta construcción del Derecho Público de los últimos siglos y constructos como el impugnado debieran ponderar más las consecuencias que producen sobre la misma. La

pretensión de controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de división de poderes y lo hace siempre en un sentido aristocrático y antidemocrático.

4.B. El constructo impugnado, aunque nace del deseo de llevar a las últimas consecuencias el principio de supremacía de la Constitución, puede producir un resultado contrario a ese deseo. Aquí late el problema de la interpretación de la Constitución. Porque esta es la cuestión, en qué medida bajo la invocación retórica de la «supremacía de la Constitución», en la práctica no se produce una subrepticia consagración de la «supremacía del Tribunal Constitucional», convertido en la práctica en el titular del poder constituyente. Lo paradójico es que se defienda esto en una época en la que los adelantos tecnológicos y de comunicación hacen más fácil que nunca la «*provocatio ad populum*», el recurso al propio pueblo, a la reforma constitucional para solucionar esas cuestiones. ¿Por qué no se hace así? Se podría parafrasear a Fromm hablando de “miedo a la democracia”

4.C. A todos nos preocupa que haya provisiones constitucionales que puedan incumplirse, como a todos nos preocupa que haya provisiones legales o actos administrativos o sentencias judiciales que también puedan incumplirse (que también las hay). Pero una de dos: o partimos de un planteamiento realista o de uno utópico. Para mí, no hay duda del elegible: la prudencia es mejor consejera que las fantasías. Y ello por razones teóricas y prácticas. Razones teóricas: es imposible conseguir el ordenamiento jurídico perfecto (esto es, sin incumplimientos); y, si esto es así: ¿qué incumplimientos son más tolerables? ¿en qué condiciones la voluntad popular aparece menos despreciada? Para mí, siempre y en todo caso, me parece preferible que en esta materia sea decisiva la voluntad del parlamento que la del TC (tiene más legitimidad democrática directa y responde políticamente). Razones prácticas: ¿a quien beneficia el desapoderamiento del Parlamento en favor de una élite de «juristas»? No al pueblo, sino a ciertos grupos entre los que se mueve esa élite. El constructo discutido corre el riesgo de convertirse en la vía para establecer un nuevo despotismo ilustrado, por sus problemas de compatibilidad con el mismo principio democrático al que, no obstante, apela (“voluntad del constituyente”, etc.). Por todas estas razones (y las demás que se han expuesto) es por lo que se sostiene que estamos ante un artefacto cuya encaje en el edificio constitucional trabajosamente construido durante dos siglos es sumamente discutible. Es conveniente en este sentido evocar aquellas consideraciones de Octavio Paz sobre «El ogro filantrópico». El constructo que hemos impugnado, en manos del TC convierte a éste precisamente en eso, en el «ogro constitucional filantrópico».

BIBLIOGRAFÍA.

Roberto Blanco Valdés: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.

Ernst-Wolfgang Böckenförde: *Staat und Gesellschaft*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.

Id.: "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat* nº 29 (1990), p. 1 ss.

Sergio Cotta: *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978.

Francisco Elías de Tejada y Spínola: *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976.

Peter Häberle: "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional" (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas/E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, p. 225 ss.

A. Hamilton, J. Madison y J. Jay: *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.

Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed.).

Id.: «La garanzia giurisdizionale de la Costituzione (La giustizia costituzionale)», trad. de — en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981.

Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blázquez, Tecnos, Madrid, 1987.

Alejandro Nieto García: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública* nº 100-102 (1983), p. 371 ss.

Otto Pfersmann: "Carré de Malberg et «la hiérarchie des normes»", *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 31 (1997), p. 481 ss. (Hay traducción castellana en prensa).

Carlos Ruiz Miguel: "Advisory Function in the Inter-American System of Human Rights. A comparative approach. The Chrysalis of a Supra Constitutional Jurisdiction?", en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* t. 47 (1999), p. 15 ss.

Robert A. Schapiro, «The legislative injunction: a remedy for unconstitutional legislative inaction», *The Yale Law Journal* vol. 99 (1989), p. 231 ss. (Hay traducción española de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, con apéndice del autor a la misma: "El mandamiento judicial de legislar: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 20-21 (1997), p. 73-96.

Ulrich Scheuner: "Staatszielbestimmungen" (1972), en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978.

Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, trad. de Joaquín Abellán, CEC, Madrid, 1991.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO Y SUS COMPETENCIAS: SITUACIÓN PRESENTE Y VISIÓN PROSPECTIVA

Humberto Nogueira Alcalá

1.- EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCION VIGENTE EN CHILE.

La Constitución de 1980 mantiene un sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional mixto, del mismo tipo con el que había concluido, en la crisis de 1973, la Constitución reformada de 1925.

1.1. Mantenimiento del control represivo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia, con algunas innovaciones.

Se mantiene un control represivo de constitucionalidad de los preceptos legales en forma concentrada y con efectos inter partes en la Corte Suprema de Justicia, a través del denominado "recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad", establecido en el artículo 80 de la Carta Fundamental. Dicho control de constitucionalidad de los preceptos legales solo declara inaplicable en una "gestión" judicial concreta, ya no "juicio" como decía la Carta de 1925, el precepto legal considerado contrario al enunciado normativo constitucional, suspendiendo su eficacia para ese caso particular, sin invalidarlo, ya que el precepto legal considerado inconstitucional continua formando parte del ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que la sentencia de la Corte Suprema que determina la inaplicabilidad del precepto legal no tiene fuerza obligatoria ni efectos persuasivos respecto de los tribunales inferiores: tribunales de primera instancia y Cortes de Apelaciones. Todo ello muestra que este control represivo, concreto y con efectos inter partes, constituye una institución jurídica débil como instrumento para dotar de fuerza normativa a la Constitución y dar protección efectiva a los derechos esenciales de las personas.

Este sistema de control concentrado de constitucionalidad de carácter represivo en manos de la Corte Suprema, procede a iniciativa de la parte afectada en la gestión judicial, ya sea que la gestión se encuentra en otra instancia de los tribunales ordinarios o ante la propia Corte Suprema, como asimismo, procede también de oficio cuando el asunto está radicado en la propia Corte Suprema, lo que constituye una innovación de la Carta de 1980.

Los tribunales de primera instancia y cortes de apelaciones, no pueden declarar la inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución y no tienen iniciativa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema ni tampoco ante el Tribunal Constitucional, producto de la concepción ya planteada por el constituyente de 1925 de que entregar el control

de constitucionalidad de la ley a los tribunales ordinarios "politizaba" a los jueces, lo que debía evitarse.

Tal perspectiva, fuera de debilitar la fuerza normativa de la Constitución, afecta el principio y norma constitucional específica contemplada en el artículo 6º de la Constitución vigente, este determina la vinculación directa e inmediata a la Carta Fundamental respecto de todo los órganos y personas. En efecto, el artículo 6º de la Constitución determina que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella", agregando, "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Este debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución se justifica en el artículo 7º de la Constitución, cuyo inciso 2º determina que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, tiene otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes", agregando el inciso 3ero. que " Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale". Así, los jueces de primera y segunda instancia, si en la gestión judicial de la cual conocen, existe un precepto legal considerando inconstitucional y no hay recurso de inaplicabilidad planteado por la parte afectada, deben resolver la gestión judicial de acuerdo al precepto legal inconstitucional.

A esta situación cabe agregar la ya consignada en el acápite anterior, en el sentido de que planteado por la parte afectada el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la gestión judicial sigue adelante y puede ser resuelta antes de que se falle el recurso de inaplicabilidad, por tanto, si hay sentencia ejecutoriada, no es posible continuar con el recurso de inaplicabilidad por no haber "gestión judicial pendiente",

Esta última situación se ha mitigado en parte, por la redacción dada por la última oración del artículo 80 de la Constitución, la cual señala que la Corte Suprema puede ordenar "la suspensión del procedimiento", siendo esta una facultad nueva de la Corte, inexistente bajo el imperio de la Carta Fundamental de 1925.

Por último, cabe señalar que la Corte Suprema hasta el presente sigue manteniendo como criterio de mayoría, que la Corte no puede inaplicar un precepto legal por inconstitucionalidad formal (¹).

1.2. La reformulación del Tribunal Constitucional y sus competencias

La segunda institución del sistema chileno de control jurisdiccional de constitucionalidad es el Tribunal Constitucional, cuya composición y

¹ El criterio minoritario se ha fortalecido, véase, N° 19.776, Cía Minera Tamaya S.A. Deberá observarse el criterio de la Corte Suprema, luego de su profunda renovación de enero de 1998.

competencias se encuentran reguladas en los artículos 81 a 83 de la Constitución.

1.2.1. La integración del Tribunal Constitucional y periodo de ejercicio de sus miembros.

La diferencia fundamental del Tribunal establecido en la Corte de 1925 con el establecido en la Constitución de 1980, esta dada por su integración y modalidad de elección de sus miembros. En efecto, de los cinco miembros establecidos en la Carta de 1925 se pasa a siete de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1980. Del 60% de integrantes elegidos con un control interórgano por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, se reduce a un 29%, ya que el Presidente de la República nombra un magistrado sin control interórgano y lo mismo hace el Senado, eligiendo un miembro por la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. La Corte Suprema elige tres de sus miembros, elegidos por la misma, por mayoría absoluta y en votaciones sucesivas y secretas, que integran el Tribunal. A su vez, aparecen dos integrantes del Tribunal Constitucional nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, integrado este por los tres comandantes en Jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y el General Director de Carabineros, quienes constituyen el 50% del Consejo y del poder de decisión de éste, el otro cincuenta por ciento esta constituido por cuatro autoridades civiles: Presidente de la República, Presidente del Senado, Presidente de la Corte Suprema y Contralor General de la República.

Dicha integración está fuertemente cuestionada, habiéndose estructurado proyectos de reforma constitucional para modificarla y eliminar la integración de miembros del Tribunal nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, proyectos que han sido aprobados en la Cámara de Diputados pero no han podido vencer la resistencia del Senado, cuya representatividad democrática se ve debilitada por su integración en un veinte por ciento por senadores designados que son nueve, además de los ex Presidentes de la República, que hayan ejercido el cargo por seis años y no hayan sido destituidos por acusación constitucional ⁽²⁾, y los 38 senadores elegidos, lo que hace del Senado un órgano de 48 miembros actualmente.

En todo caso, el criterio jurídico se mantiene, ya que los miembros elegidos por el Presidente de la República, el Senado y el Consejo de Seguridad Nacional, deben ser abogados con quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez.⁽³⁾ Debemos señalar que la integración del Tribunal Constitucional debe realizarse teniendo presente las atribuciones otorgadas a ésta.

² En este momento solo existe uno.

³ La reforma Constitucional de 1997, eliminó el requisito que debían cumplir, además, los miembros

De acuerdo a la Constitución de 1980 se duplica el período de permanencia en el cargo determinado en la Carta de 1925 que pasa de cuatro a ocho años , renovándose por parcialidades cada cuatro años y siendo inamovibles. No hay norma constitucional que impida la reelegibilidad inmediata, más aún, la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, la autoriza en su artículo 2°.

A su vez, un miembro del Tribunal Constitucional que cese en el cargo, debe ser reemplazado por el órgano correspondiente por el tiempo que falte al reemplazado para completar su período.

Los miembros del Tribunal elegidos por la Corte Suprema cesan en el cargo si dejan de ser ministros de la Corte Suprema por cualquier causa (4).

La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Ley N° 17.997, en su artículo 15, establece que, cada tres años, el Tribunal designará cinco abogados que reúnan las condiciones exigidas para los nombramientos de los abogados a que se refiere el artículo 81, letra c, de la Constitución Política, vale decir, abogado con quince años de título profesional, que se hayan destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y que no tengan impedimento que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez. ellos son elegidos por la mayoría absoluta del Tribunal en votaciones sucesivas y secretas. Dichos abogados integrantes han operado cuando los magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran transitoriamente inhabilitados por implicancia, o impedidos de ejercer su función jurisdiccional por otros motivos.

1.2.2. Las competencias del Tribunal Constitucional.

Las competencias del Tribunal Constitucional se amplían del texto de la Carta de 1925 a la de 1980, el control de constitucionalidad de normas jurídicas abarca nuevas materias, además de las ya contempladas en el texto de la Carta de 1925, reformada en 1970, ellas son las siguientes: la resolución de las cuestiones de constitucionalidad que se susciten respecto de un proyecto de reforma constitucional (artículo 82 N° 2); el control obligatorio y preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución (artículo 82 N° 1); resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (artículo 82 N° 3); resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional (artículo 82 N° 5); resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el

elegidos por el Presidente de la República y por el Senado. de ser o haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema de Justicia por tres años consecutivos, a lo menos. Ello se debe a la eliminación de los abogados integrantes de la Corte Suprema y al aumento de las Ministros de ella, de 17 a 21.

⁴ Tal es el caso del Ministro Cereceda, el cual fue destituido de la Corte Suprema por acusación constitucional promovida por la Cámara de Diputados y sentenciada por el Senado de la República.

Presidente (artículo 82 N° 6); resolver sobre la Constitucionalidad de los decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60 de la Constitución (artículo 82 N° 12).

Aumenta también el ámbito de las competencias en materia de organización institucional, ya que además de las ya contempladas en la Carta de 1925 referentes a las inhabilidades constitucionales y legales que afectaren a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones, se agregan las de pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 82 N° 11) y la de informar al Senado en los casos en que este deba pronunciarse declarando la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente Electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones o declarar si los motivos en que se origina la dimisión del Presidente de la República son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla (artículo 82 N° 9).

Sin embargo, el constituyente de 1980 resta al Tribunal Constitucional la competencia que le había otorgado el constituyente derivado de 1970 de resolver las contiendas de competencias que determinaran las leyes, que es una atribución de la esencia de un Tribunal Constitucional.

Por último, el constituyente de 1980 le entregó un ámbito competencial nuevo, de carácter sancionador, como es el de declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo, determinar la responsabilidad y sanción de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, los cuales, de acuerdo al artículo 19 N° 15, inciso sexto, son los actos o conductas que no respetan los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuran el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propaguen o inciten a ella como método de acción política. Si la persona responsable del ilícito constitucional fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio (artículo 82 N°7).

1.2.3. Mantenimiento de una modalidad de control restringido en relación a quienes impulsan el control.

El requerimiento del Tribunal Constitucional se mantiene restringido por regla general, al igual que en la Carta de 1925 en la Constitución de 1980, solo pueden requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el Presidente de la República, la Cámara de Diputados o el Senado de la República, o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados o del Senado, ampliando en este aspecto la posibilidad de requerir la actuación del Tribunal Constitucional a minorías más pequeñas pero significativas, ya que la

Carta reformada en 1970, exigía un tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados o del Senado. El requerimiento se amplía al carácter de acción pública en el caso de las declaraciones de inconstitucionalidad de las organizaciones, movimientos y partidos políticos. La responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad: y también en caso de las inhabilidades constitucionales o legales que afectaren a las personas para ser nombradas Ministros de Estado, permanecer en el cargo o desempeñarse simultáneamente en otras funciones.

1.2.4. Las características de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos erga omnes y ex nunc. vale decir, desde el fallo hacia el futuro, como asimismo, producen cosa juzgada. Además, como establece el artículo 83 de la Constitución, “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que pueda el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

2.- REVISION DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Consideramos que deben realizarse algunas modificaciones competenciales en materia de control de constitucionalidad de normas jurídicas llenando algunos vacíos que se presentan actualmente respecto de la fuerza normativa de la Constitución.

2.1. Control de autoacordados de tribunales superiores y de reglamentos parlamentarios reforzando el Estado de Derecho y la fuerza normativa de la Constitución.

En efecto, hoy no existe órgano alguno con competencia para realizar control de constitucionalidad sobre los autoacordados de los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones), ni respecto de los autoacordados del Tribunal Calificador de Elecciones. A su vez, tampoco existe control de constitucionalidad sobre los reglamentos parlamentarios.

En ambas materias, en las que no sólo puede afectarse la parte orgánica, sino también la parte dogmática de la Constitución y en especial, los derechos esenciales de las personas, es fundamental que, el Tribunal Constitucional como supremo garante de la Constitución, realice dicho control en forma represiva, con efectos erga omnes, para lo cual es necesario atribuirle expresamente dicha competencia modificando el artículo 82 de la Constitución.

2.2. Concentrar la resolución de conflictos de competencias en el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, si se analiza el actual reparto de potestades en materia de contiendas de competencias entre los tribunales ordinarios de justicia y las autoridades administrativas o gubernamentales, nos parece necesario readecuarlo, teniendo presente el sistema vigente y la naturaleza y funciones de cada institución. En materia de contiendas de competencias entre tribunales superiores de justicia y autoridades de gobierno o administración, la resolución del conflictos corresponde al Senado; asimismo, la competencia se atribuye a la Corte Suprema en materia de contiendas entre las autoridades administrativas y gubernamentales y los tribunales inferiores de justicia. Esta perspectiva era razonable en la etapa en que se encontraba ausente el Tribunal Constitucional, sin embargo ellas no fueron revisadas en la reforma constitucional de 1970 ni al debatirse por el constituyente y sus órganos asesores y consultivos la Constitución de 1980.

Es obvio que incorporado el Tribunal Constitucional al sistema constitucional, a este le corresponde, mejor que al Senado y a la Corte Suprema, la resolución de estos conflictos de naturaleza jurídica y constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional con una doble legitimidad, jurídica y política, esta en mejor situación que el Senado, que es un órgano esencialmente político, como también el Tribunal Constitucional está en mejor posición que la Corte Suprema, en razón de que esta última es parte del poder en que alguno de sus órganos (tribunales inferiores) están en conflicto con un órgano gubernamental o administrativo, mientras que el Tribunal Constitucional se sitúa en una posición de mayor objetividad e imparcialidad que la Corte Suprema en esta materia, además de ser órgano especializado en resolver tales conflictos, utilizando los criterios de hermeneutica, dogmática y exégesis constitucional en forma más apropiada en cuanto órgano especializado en la materia. Todo ello, sin perjuicio de otros conflictos de jurisdicción o contiendas de competencias que le sean atribuidas por la Constitución o la ley. Esta competencia es habitual en los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y europeos (Italia, España, Portugal, Perú, Colombia, etc.)

Esta perspectiva implica modificar la Carta Fundamental en el artículo 49, suprimiendo el numeral 3º, como asimismo, revisando el inciso 2º del artículo 79 y el artículo 82, creando en éste las nuevas competencias otorgadas al Tribunal Constitucional en la materia.

2.3. Introducir la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en reemplazo del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema.

No parece adecuado ni conveniente que en el sistema de control de constitucionalidad existan dos parámetros y dos criterios diferentes de hermenéutica y dogmática constitucional, uno el que concreta el Tribunal Constitucional en materia de preceptos legales a través del control, por regla general, preventivo, ya sea obligatorio o facultativo y con efectos erga omnes; y otro, de la Corte Suprema, a través del control represivo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 80. Si bien el inciso final del artículo 83 de la Carta Fundamental, incorpora expresamente al texto, un elemento que había quedado en la historia de la reforma de 1970 que creó por primera vez el Tribunal Constitucional, determinando que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue materia de sentencia". El constituyente no implementó institución ni técnica alguna que permitiera al Tribunal Constitucional determinar, de oficio o a petición de parte afectada, si a través de la inaplicabilidad la Corte Suprema se habría o no pronunciado sobre el mismo vicio respecto del cual ya había fallado el Tribunal Constitucional, declarando al precepto cuestionado como constitucional. Hay así dos órganos autónomos, con criterios que no necesariamente coinciden y que, a veces, entran en conflicto por contraposición.

Un doble parámetro de constitucionalidad afecta gravemente la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, esta última, en su aspecto de aplicación del mismo parámetro de constitucionalidad a todos quienes se encuentran en las mismas o similares situaciones jurídicas.

Para preservar y resguardar en mejor forma los principios y derechos antes señalados consideramos conveniente y adecuado entregar la competencia que actualmente tiene la Corte Suprema de declarar inaplicable para los casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución al Tribunal Constitucional, a través de lo que se denomina en el derecho comparado europeo, la cuestión de constitucionalidad ⁽⁵⁾.

En el caso español, el artículo 163 de la Constitución precisa que "cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional", antes de que se dicte sentencia en el proceso ordinario. Se trata de un procedimiento

⁵ El artículo 163 de la Constitución Española señala: "Cuando un órgano judicial considera, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

incidental y concreto de inconstitucionalidad. Esta solución recogida del modelo que fue la Constitución de Alemania (Ley Fundamental de Bonn), permite conjugar dos principios constitucionales básicos, la eficacia directa de la Constitución y el principio de respeto a la ley por parte de los jueces ordinarios. Es el propio Tribunal Constitucional español, el que determinara en la sentencia 17/1981, que la cuestión de inconstitucionalidad es “un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución” (6). Dicha argumentación es planamente válida al caso chileno en virtud del artículo 6º inciso 1º de la Carta Fundamental. Los órganos del Estado, por tanto todos los tribunales, “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella”.

Así en el sistema constitucional español la cuestión de inconstitucionalidad es la que plantea ante el Tribunal Constitucional un juez o tribunal ordinario cuando debe aplicar un precepto de rango legal y, de propia iniciativa o a instancia de una de las partes, se considera de dudosa constitucionalidad. La apreciación de la concurrencia de tales hechos es competencia exclusiva del órgano judicial respectivo (7).

En el caso italiano como señala uno de los autores clásicos, Paulo Biscaretti di Ruffia, el procedimiento en vía incidental se encuentra regulado por el artículo 1º de la ley constitucional de 1948 y por los artículos 23 a 30 de la ley ordinaria de 1953 (8).

La cuestión de constitucionalidad italiana (9) respecto de un precepto con fuerza de ley del Estado o de las regiones, puede plantearse en el curso de un proceso ante el juez ordinario, ya sea por una de las partes o por el Ministerio Público, en tal caso la autoridad jurisdiccional, “si el juicio no puede definirse independientemente de la resolución de la cuestión y no estima que ella está manifiestamente infundada, emite una ordenanza, con la cual, referidos los términos y los motivos de la instancia, dispone la inmediata transmisión de los autos al Tribunal Constitucional y suspende el juicio en curso” (10). La cuestión de constitucionalidad puede ser planteada también de oficio por el juez a quo. El tribunal correspondiente puede rechazar la excepción de inconstitucionalidad por manifiesta irrelevancia o falta de fundamento, debiendo motivarse

6 Sentencia Tribunal Constitucional español 17/1981. 1 de junio. Fundamento Jurídico N° 1. Ponente Francisco Rubio Llorente.

7 Sobre la materia ver Rivas Maura, Andrés. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Ed. Civitas - Universitat de les Illes Balears, España, 1991. También Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional Español*. Ed. Dykinson. España. 1992, pags. 1097 y sgtes.

8 Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid. España. 1973, pag. 568.

9 Ver Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1984. Tomo II, pag. 33 y sgtes.

10 Biscaretti di Ruffia, Paolo. op. cit. pags. 568-569. Pizzorusso, Alessandro. op. cit. pags. 34-35.

adecuadamente ⁽¹¹⁾. La sentencia del Tribunal Constitucional que determina la inconstitucionalidad del precepto de rango legal produce efectos erga omnes y ex nunc. A su vez, en aquellos casos en que se decide que no está fundada la cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, tal resolución vale solo con los efectos de la preclusión para el caso decidido, dejando abierta la posibilidad de que, en otros procesos, la norma pueda volver a ser impugnada ⁽¹²⁾.

En Alemania, las cuestiones de inconstitucionalidad (Konkrete Normenkontrolle) se plantean en aplicación del artículo 100, párrafo 1º, número 2 de la Ley Fundamental y artículo 80 y siguientes de la ley relativa a la Corte Constitucional Federal. En Alemania se parte de la concepción de que toda ley que viole la Constitución es nula, por lo que todo juez debe examinar si la ley que puede aplicar es válida. Si el juez llega a la convicción de la inconstitucionalidad de la ley que va a aplicar con ocasión de la decisión de un caso, no debe desconocer la ley, sino que "debe aplazar su decisión y presentar la cuestión jurídica de validez de la ley ante el Tribunal Constitucional Federal a fin de obtener una resolución de carácter obligatorio" ⁽¹³⁾. Luego de la decisión de la Corte Constitucional, la cual tiene fuerza de cosa juzgada, el juez prosigue el proceso suspendido.

Esta perspectiva elimina normas legales inconstitucionales que eludieron el control de constitucionalidad, ya sea porque los órganos políticos no plantearon el tema al Tribunal Constitucional Federal, ya sea por falta de dimensión política del tema o por razones de oportunidad política, permitiendo que los jueces de oficio o a petición de parte inicien el proceso que llevará a la decisión de la Corte Constitucional, dando plena fuerza normativa a la Constitución.

Así situaciones similares el caso español se dan en el caso italiano y alemán, con la diferencia de que en el caso italiano es necesario para plantear la cuestión de constitucionalidad que el juez tenga una duda razonable, mientras en el sistema alemán es necesario que el juez respectivo este convencido de la inconstitucionalidad de la norma o precepto de rango legal cuestionada de inconstitucional.

La cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse mientras la ley o norma de rango legal se encuentre vigente. La cuestión puede plantearse a raíz de cualquier tipo de procedimiento judicial y en cualquier instancia del mismo. Una vez planteada la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional por el juez ordinario, se suspende el plazo para dictar sentencias hasta que el primero resuelva acerca de la constitucionalidad del precepto de

¹¹ Pizzorusso, Alessandro. op. cit. pag. 35.

¹² Biscaretti di Ruffia, Paolo. op. cit. pags. 573-574. Pizzorusso, Alessandro. op. cit. pag. 38.

¹³ Schlaich, Klaus. "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1984, pag. 162.

rango legal controvertido. El fallo del Tribunal Constitucional produce efectos erga omnes, depurando el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales.

El procedimiento de la cuestión de constitucionalidad presenta la ventaja de establecer una colaboración eficaz entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, como asimismo, permite concretar los principios y reglas constitucionales de supremacía y defensa de la Constitución y el principio que prohíbe a los jueces ordinarios inaplicar por sí mismos una ley postconstitucional de dudosa constitucional o abiertamente inconstitucional. Así plantear la cuestión de inconstitucionalidad se constituye, como señala Pérez Trems, en un deber "fundado en un interés público", sin perjuicio del deber de dar plena eficacia normativa a la Constitución ⁽¹⁴⁾.

Así, introduciendo la cuestión de constitucionalidad en Chile, se avanzaría en una más rica interrelación entre los tribunales ordinarios de justicia y el Tribunal Constitucional. En efecto, la cuestión de constitucionalidad podría ser planteada, de oficio o a petición de parte, por cualquier juez, en las materias de que conozca en cualquier gestión judicial, cuando un precepto legal aplicable a dicha gestión se considere inconstitucional, de manera similar a lo que plantea el artículo 163 de la Constitución española y el artículo 35.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que la complementa, la cual determina que el juez o Tribunal podrán actuar de oficio o a petición de parte, o de manera similar a la cuestión de constitucionalidad contenida en la Constitución italiana, llamado juicio en vía incidental, a través del cual, cualquier juez, en el curso de un proceso, puede pedir, de oficio o a petición de parte, que el Tribunal Constitucional verifique la constitucionalidad de una norma primaria a aplicar en ese determinado proceso. El juez a quo representa un filtro fundamental de las cuestiones que no pueden ser planteadas directamente por las partes ⁽¹⁵⁾.

Consideramos que el cause procesal de la cuestión de constitucionalidad debe ser planteada por el juez o Tribunal ya sea de oficio o a petición de parte, sin que el magistrado pueda oponerse a plantear la duda de constitucionalidad del precepto legal determinado por la parte, sin perjuicio de la determinación de admisibilidad que haga el propio Tribunal Constitucional al determinar si la duda de constitucionalidad es razonable o no. Así cualquiera persona afectada en una gestión judicial puede plantear la "litis", debiendo el órgano jurisdiccional ordinario elevarlo a la consideración de la jurisdicción constitucional, dando mayor fuerza normativa a la Constitución, sin que dependa la intervención del Tribunal Constitucional de órganos exclusivamente políticos.

¹⁴ Pérez Trems Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1985. pag. 127.

¹⁵ Sturlese, Laura. "Tribunal y sistema italiano", en *Justicia Constitucional Comparada*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1993. pág. 170.

2.4. La protección de los derechos esenciales, fundamentales o humanos en el plano interno y el recurso de amparo al Tribunal Constitucional.

La Constitución de 1980, crea el recurso, más bien, la acción de protección, contemplada en el artículo 20 de la Carta Fundamental, sin perjuicio del artículo 21, que asegura la acción o recurso de amparo (hábeas corpus).

Ambas acciones constitucionales son vistas en primera instancia por la Corte de Apelaciones respectiva y, en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, a través de sus salas especializadas (Sala Constitucional, Sala Civil, Sala Penal y Sala Mixta) ⁽¹⁶⁾.

En tales casos, la jurisdicción constitucional de la libertad se realiza a través de un control difuso, donde fuera de ser deseable una mejor formación en hermenéutica y dogmática constitucional, que haga de tales jueces auténticos interpretes del bloque de constitucionalidad de los derechos y no mecánicos aplicadores de leyes como ocurre en algunos casos o aplicando parámetros de interpretación civiles, donde a diferencia del derecho constitucional, los principios tienen un valor meramente supletorio y no una realidad de guías básicos de la interpretación y plena fuerza normativa.

Por otra parte, en materia de derechos esenciales también debiera ser el Tribunal Constitucional el supremo uniformador de la jurisprudencia, para lo cual, como ocurre en la generalidad de los sistemas en que existe una Corte Constitucional en América Latina o Europa, existe la posibilidad de una acción extraordinaria de amparo, tutela o protección de los derechos, ya que estos como las demás normas constitucionales participan del principio de eficacia directa de los preceptos constitucionales, constituyendo además, en el caso de los derechos en Chile un límite al ejercicio de la soberanía, como lo señala expresamente el artículo 5º de la Constitución.

En esta perspectiva se encuentran entre otros países en Europa, la Corte Constitucional de Alemania Federal y el Tribunal Constitucional de España a través del recurso de amparo. En el ámbito latinoamericano la institución del amparo ante el Tribunal Constitucional, se da con diversos matices en el caso del Tribunal Constitucional de Bolivia (artículo 129, inciso 7º); del Tribunal Constitucional de Perú (artículo 202); de la Corte Constitucional de Colombia (artículo 241 Nº 9), del Tribunal Constitucional de Ecuador (artículo 146 Nº 2, inciso primero); y del Tribunal Constitucional de Guatemala (artículo 272).

En el caso español, Joan Oliver Araujo define el recurso de amparo constitucional como "un instrumento procesal interno, substanciado ante el

¹⁶ Ver al respecto Nogueira Alcalá, Humberto. "La jurisdicción Constitucional en Chile", en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Ed. Dykinson S.L. Madrid, España, 1997. pág. 562 y sgtes.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Habeas Corpus. Recurso de Amparo*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1995.

Soto Kloss, Eduardo. *El Recurso de Protección*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1988.

Tribunal Constitucional, que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución frente a los actos lesivos, potenciales o actuales, de los poderes públicos en cualquiera de sus modalidades” (17). La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español prevee tres tipos de amparo: a) el amparo contra decisiones y actos sin valor de ley del Poder Legislativo (art. 42 LOTC); b) el amparo contra disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del Poder Ejecutivo-Administrativo (art. 43 LOTC); y contra actos u omisiones judiciales (art. 44 LOTC).

El amparo ante el Tribunal Constitucional español (18) se constituye en un auténtico proceso constitucional, que salvo el caso del artículo 43 LOTC, opera como un medio subsidiario de garantía, por lo que, este recurso solo es admisible tras haberse agotado por parte del actor la vía previa ante la jurisdicción ordinaria.

Esta situación deja al Tribunal Supremo Español al tenor del artículo 123 de la Carta Fundamental, como órgano jurisdiccional superior en todos los ordenes (civil, penal, contencioso-administrativo, social), salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, donde el tribunal supremo de carácter interno es el Tribunal Constitucional, ya que en el plano internacional lo es para España la Corte Europea de Derechos Humanos. Así, el Tribunal Supremo español está obligado a seguir los criterios que marque el Tribunal Constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales y este último, los que determina la Corte Europea de Derecho Humanos.

No deja de ser tema de reflexión seria la existencia de la posibilidad de impugnar en sede constitucional resoluciones judiciales a través del recurso de amparo constitucional, lo que no deja de ser fuente de eventuales fricciones. Ello exige una adecuada regulación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, determinando la exacta delimitación competencial entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional. La preocupación por este tema quedó cuidadosamente resuelta en los artículo 44.1. y 54 de la LOTC. De acuerdo al artículo 44.1, es necesario que la vulneración del derecho sea imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que tal acción u omisión se produjo, sobre los cuales en ningún caso puede pronunciarse el Tribunal Constitucional. A su vez, el artículo 54 determina que cuando una sala del Tribunal Constitucional conozca del recurso de amparo respecto de las decisiones de los jueces limitará su función a concretar si ha habido o no violación del derechos del demandante, preservando o

¹⁷ Oliver Araujo. Joan. “Las relaciones entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional”. En *La división de Poderes: El Poder Judicial*. Instituto de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de Lleida y la Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1996. pag. 43

¹⁸ Ver Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Ed. Dykinson, Madrid, España, 1992. pags. 1101-1120.

restableciendo los derechos afectados, absteniéndose de toda otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Esta perspectiva analizada muestra que el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional español no es una tercera instancia, ya que no revisa los hechos declarados y probados y la aplicación del derecho a esos hechos, sino solamente si se han violado o no los derechos y garantías constitucionales. Sin perjuicio de ello, el Tribunal constitucional al otorgar amparo al actor al constatar la vulneración de derechos fundamentales declara la nulidad de la resolución judicial, todo ello buscando "la máxima conservación de las actuaciones procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas"⁽¹⁹⁾.

En el caso de Alemania, Konrad Hesse, discípulo de Rudolf Smend, el cual se desempeñó como magistrado de la Corte Constitucional, sostuvo que los derechos fundamentales configuran y modelan "de modo esencial, a título de principios objetivos y de derechos subjetivos el poder público de la República Federal, en cuanto democracia social establecida al mismo tiempo como Estado de Derecho (Rechtsstaat) centrado en la personalidad y en la dignidad expandiéndose libremente en la comunidad social..."⁽²⁰⁾

El recurso de amparo Constitucional (Verfassungsbeschwerde) ante la Corte Constitucional de Karlsruhe fue concebido para la defensa de los derechos fundamentales, no solamente para superar la lesión específica de un derecho fundamental por la ley, sino también para poner de manifiesto la vulneración de la Constitución por una ley que le afecta, cualquiera que sean los motivos de dicha vulneración⁽²¹⁾. El Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que cualquier acto inconstitucional o ilegal en perjuicio de un ciudadano es una intrusión en cualquier derecho fundamental, con lo que se establece una interpretación material de los derechos fundamentales, lo que amplía la competencia del Tribunal Constitucional Federal en el proceso de recursos constitucionales de amparo⁽²²⁾.

A través del recurso de amparo toda persona puede hacer valer ante la Corte Constitucional Federal la violación de sus derechos por cualquier órgano de poder público (tribunales, legislador, etc.). El acceso a la Corte Constitucional depende solamente de la existencia de lesión de un derecho fundamental subjetivo. A través de la resolución del caso particular no solo se protegen los derechos subjetivos del recurrente, sino que además se preserva el derecho constitucional objetivo y se ayuda a su interpretación y perfeccionamiento, pudiendo ser considerado el amparo como un medio específico de protección del orden constitucional objetivo⁽²³⁾.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 4/1982 de 8 de febrero. Fundamento Jurídico 8°.

²⁰ Citado por Schlaich, Klaus. "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. pag. 136.

²¹ Ver Schlaich, Klaus. op. cit. pag. 139.

²² Ver Schlaich, Klaus. op. cit. pag. 139.

²³ Ver Schlaich, Klaus. op. cit. pag. 140.

Con el procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional contemplado en el artículo 93 apartado 1^o de la Ley Fundamental, quedan sujetos a control de constitucionalidad y la adecuación de sus actos a los derechos fundamentales la acción de los tres poderes del Estado (administración, legislación y las resoluciones judiciales).

El recurrente de amparo es toda persona que pueda hacer valer sus derechos fundamentales que hayan sido vulnerados o lesionado por los poderes públicos. Este recurso es admisible solo cuando se han agotado todos los recursos legales, salvo que el recurso plantee una cuestión de interés general o cuando se pueda infringir al recurrente un perjuicio considerable e inevitable en el supuesto de exigir el agotamiento de la vía judicial previa (artículo 90, apartado 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal).

El recurso de amparo debe ser admitido a tramitación por una de las Salas del Tribunal, siendo las materias más usualmente analizadas los amparos contra sentencias de los tribunales federales (50%). En este ámbito, el Tribunal Constitucional no es un super tribunal de casación, sino que examina solamente si el juez ha desconocido el derecho constitucional, que muchas veces se trata de vulneración de derechos judiciales fundamentales de carácter específico: privación del juez legal, privación del derecho a ser escuchado por un tribunal, vulneración de las garantías legales en caso de privación de libertad, garantía de la vía judicial, violación del derecho al proceso debido, vulneración de la igualdad procesal de las partes, entre otros.

En el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional Colombiana conoce de la tutela contra sentencias, llegando incluso a determinar que una sentencia que viola derechos fundamentales no es sentencia sino vía de hecho ⁽²⁴⁾.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional revisa las sentencias de tutela proferidas por otras jurisdicciones, resolviendo un asunto de constitucionalidad a través de un control de oficio, protegiendo los derechos fundamentales ⁽²⁵⁾. Este control es de carácter selectivo de las sentencias de tutela y se concreta a través de una de las salas de revisión de la Corte Constitucional.

En el caso de Bolivia, le corresponde como atribución al Tribunal Constitucional la revisión de los recursos de amparo constitucional y habeas corpus, lo que permite la protección de derechos e intereses legítimos, como asimismo, la defensa objetiva de la Constitución ⁽²⁶⁾.

En el caso de Ecuador, el Tribunal de Garantías Constitucionales, luego de la reforma de 1992, ejerce la atribución de resolver los casos de violación de derechos, a través del requerimiento o queja que puede presentar cualquier

²⁴ Morelli, Sandra. "Jurisdicción Constitucional y reforma al poder judicial en Colombia". *V Congreso Venezolano de Derecho constitucional*. Mérida, Venezuela, 1997.

²⁵ SÁCHICA, Luis Carlos. *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1993, pág. 65.

²⁶ Ver Fernández Segado, Francisco. "La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución

persona natural o jurídica contra los actos de las autoridades públicas que violaren sus derechos y libertades garantizadas por la Constitución, de acuerdo a lo que establece el artículo 146, N° 2 de la Carta Fundamental, en cuyo caso, el Tribunal dicta un mandamiento de rectificación de carácter obligatorio el que debe ser cumplido ⁽²⁷⁾ en caso de incumplimiento, el Tribunal de Garantías Constitucionales puede, de acuerdo al artículo 146 N° 2 de la Constitución, “solicitar al órgano competente la remoción del funcionario y la aplicación de las demás sanciones contempladas en la ley, sin perjuicio de la acción penal a la que hubiere lugar”.

Finalmente, la Constitución peruana de 1993 de acuerdo a su artículo 202 y la Ley N° 26.435 orgánica del Tribunal Constitucional, a este órgano le corresponde conocer en última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. Ello implica un cambio respecto de la Constitución de 1979, donde el Tribunal Constitucional conocía en casación de dicha materia, la ley 26.435 dictada con posterioridad a la Constitución de 1993 determina que, por regla general, las acciones de garantía se interponen ante el Juzgado Civil o Penal correspondiente y la Corte Superior respectiva conoce en segunda instancia; en el caso que la resolución sea denegatoria, se acude directamente al Tribunal Constitucional. Existe una excepción a esta regla cuando el acto cuestionado es una resolución judicial, en cuyo caso conoce en primera instancia la Corte Superior y en segunda instancia la Corte Suprema ⁽²⁸⁾.

En el caso de Guatemala, la Constitución determina en su artículo 272, literal c), que son funciones de la Corte de Constitucionalidad “conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuera en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268”. También tiene como competencia de acuerdo al artículo 272, literal b), “conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo de las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República”.

En esta perspectiva, consideramos conveniente introducir como competencia del Tribunal Constitucional, en el artículo 82 de la Constitución, el conocer en última instancia o a través de una acción extraordinaria de las resoluciones judiciales denegatorias de acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales o esenciales. La proposición se funda en que los

de Bolivia”. En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Ed. Comisión Andina de Juristas. Perú 1995, pags. 103-104.

²⁷ Salgado Pesantes, Hernán. “El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador”. En *Lecturas Andinas* N° 4. Perú 1995, pag. 183.

²⁸ Abad Yupanqui, Samuel. “La jurisdicción constitucional en la Corte peruana de 1993”. En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1995, pags. 215 y 216.

derechos esenciales son parte fundamental y básica de la Constitución, cuya vulneración no solo afecta un derecho o interés legítimo de carácter subjetivo de las personas, sino también una vulneración objetiva de la propia Constitución, la cual debe ser evitada por la acción de defensa objetiva de la Carta Fundamental que corresponde al Tribunal Constitucional, ello es tan obvio que donde existe una verdadera Corte Constitucional, en Europa y América Latina, por regla general, tienen dicha competencia.

Junto a Juan Pedro Schneider consideramos que por vía de amparo ante el Tribunal Constitucional se pueden revisar cuatros aspectos de las sentencias en aspectos de derechos esenciales o fundamentales de los tribunales ordinarios ⁽²⁹⁾.

El primer aspecto dice relación con lo que puede denominarse un “déficit de derechos fundamentales”, es decir, que un derecho esencial o fundamental aplicable ha sido ignorado por el tribunal ordinario, en tal caso de ceguera el Tribunal Constitucional debe corregir la falla del órgano jurisdiccional ordinario que desconoce o ignora el derecho fundamental en cuestión aplicable, suspender el fallo de jurisdicción ordinaria y devolver al tribunal ordinario el asunto para que proceda a un nuevo fallo.

Un segundo aspecto se refiere a los casos de “déficit de interpretación”, donde el tribunal ordinario ha reconocido la aplicabilidad del derecho esencial o fundamental, pero ha interpretado inadecuadamente su significado y alcances constitucionales. En tal caso, el Tribunal Constitucional debe verificar el uso correcto de las reglas de interpretación constitucional o los alcances, funciones y límites del derecho fundamental en cuestión, ya que por razones de seguridad jurídica y de igual aplicación de la ley no caben dos parámetros de interpretación de los derechos, uno del Tribunal Constitucional y otro de los tribunales ordinarios, debiendo existir uno solo, el del Tribunal Constitucional el que debe ser de carácter vinculante para los tribunales ordinarios, como supremo interprete de la Constitución y de los derechos fundamentales o esenciales.

Un tercer aspecto que el Tribunal Constitucional debe examinar en los amparos contra fallos de los tribunales ordinarios son “los déficit de ponderación”. Estos se refieren a la inadecuada ordenación de los derechos en caso de colisión o conflicto o en la determinación del alcance o límites de cada uno de ellos en tal situación. En tal sentido, el Tribunal Constitucional en cuanto supremo garante del orden constitucional objetivo debe verificar que las decisiones jurisdiccionales de los tribunales ordinarios no se basen en una concepción equivocada acerca del alcance y efectos jurídicos de los ciudadanos, ignorando la irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho ordinario.

²⁹ Schneider, Juan Pedro. “Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria”. En *La Garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Ed. Civitas. Madrid, España 1991. pags. 142 y sgtes.

Un cuarto aspecto se refiere a los “déficits de procedimiento”, que se producen cuando los tribunales ordinarios no respetan los derechos fundamentales referidos al acceso a la tutela judicial o juez legal, el derecho a defensa, el debido y justo proceso, etc.. o cuando los tribunales judiciales exceden los límites jurídico-funcionales del Poder Judicial, involucrándose en ámbitos que excedan su jurisdicción. En tales casos, el Tribunal Constitucional debe intervenir dejando sin efecto las aplicaciones arbitrarias de las concepciones de valor o distribución de potestades constitucionales en la aplicación judicial del derecho.

La ampliación de las competencias del Tribunal constitucional con la acción de amparo extraordinario permitirá reforzar la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos esenciales.

2.5. El establecimiento de un control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional respecto de los tratados internacionales.

El actual texto de la Constitución establece un control preventivo facultativo de los tratados internacionales en el artículo 82.

Dicha técnica permite en caso de que no haya requerimiento al Tribunal Constitucional que se incorporen al ordenamiento jurídico nacional normas de obligatorio cumplimiento, las cuales deben ser aplicadas preferentemente frente a cualquier norma producida internamente, incluida la Constitución, de lo contrario se vulnerarían los principios generales del derecho internacional “Pacta Sunt Servanda” y “Bona Fide”, como asimismo, los artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, ratificada por Chile y plenamente vigente, la cual sostiene en el artículo 27 que no puede utilizarse las normas del derecho interno para eludir el cumplimiento de un tratado internacional, y el artículo 31 determina que el tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Por otra parte, la jurisprudencia uniforme de la Corte Permanente de Justicia internacional ha resuelto que “es un principio de Derecho de gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado (serie B N° 17, pag. 32). Asimismo, ha sostenido que “un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a las obligaciones que impone el derecho internacional a los Tratados vigentes (Serie A/B N° 44 pag. 24).

Esta posición también la ha mantenido la Corte Suprema Chilena el 11 de enero de 1995, Rol N° 24.344, confirmando fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3.396-94 de 1994, donde se afirma la posición antes señalada que es la correcta, agregando en el considerando 5º “Que la convención

internacional en consideración se aplica preferentemente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional" (30).

Tal perspectiva es la única compatible con el respeto del derecho y de nuestros compromisos internacionales en los cuales esta en juego el honor del Estado de Chile.

En tal perspectiva, constituye una mejor técnica establecer un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación, de manera que no puedan integrarse al derecho interno aquellos que tengan normas en contradicción con la Carta Fundamental, en dicha situación solo podrían incorporarse al derecho interno por el quórum de reforma de la Constitución correspondiente u otro que el constituyente determine.

A su vez, debiera explicitarse que el control represivo de constitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales del artículo 80 de la Constitución, no es susceptible de aplicarse a los tratados internacionales porque ellos no son preceptos legales, al no ser expresión unilateral de los órganos colegisladores, sino expresión de la voluntad bilateral o multilateral de diversos estados, además de vulnerar las disposiciones de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en su artículo 27, incurriendo en vulneración del derecho interno y del derecho internacional.

2.6. Evaluar la posibilidad de trasladar la acción de amparo o protección de derechos fundamentales a tribunales de primera instancia, dejando la apelación en dicha materia para ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Nos parece conveniente trasladar a tribunales de primera instancia los recursos de amparo (habeas corpus) y protección (amparo o tutela en el derecho comparado), y dejando como segunda instancia la Corte de Apelaciones respectiva, eliminando dicha competencia de la Corte Suprema y creando el amparo ante el Tribunal Constitucional.

En caso de encontrarse involucrada una autoridad gubernamental o administrativa en la acción respectiva, la primera instancia sería en dicho caso, un ministro de Corte de Apelaciones, a su vez, la apelación la conocería una sala de la Corte de Apelaciones, excluido el ministro que intervino en primera instancia.

Esta perspectiva centraría la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema en los recursos de casación y revisión, eliminando de su competencia los recursos de apelación de habeas corpus y de protección (amparo o tutela), los cuales constituyen justicia constitucional y, por regla general, la uniformización de la jurisprudencia en este ámbito es materia de competencia del Tribunal Constitucional.

³⁰ *Revista Gaceta Jurídica*, marzo 1995, pags. 165-168, Santiago, Chile.

CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis desarrollado propugnamos una readecuación, teniendo una visión de conjunto de acuerdo a la naturaleza de las instituciones, entre justicia constitucional y justicia ordinaria, esencialmente, entre el Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

En materia de readecuación de competencias del Tribunal Constitucional somos partidarios de fortalecerlas, entregándole el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales, de los reglamentos parlamentarios y de los autoacordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones, la resolución de los conflictos de jurisdicción o contiendas de competencias que actualmente resuelve el Senado y la Corte Suprema de Justicia u otras que se presentaren, el conocimiento de la cuestiones de constitucionalidad y de los amparos en materia de derechos fundamentales o humanos. Todo lo cual requiere reestudiar la integración del Tribunal Constitucional.

En materia de reforzamiento del pleno valor normativo de la Constitución, en materia de tribunales ordinarios de justicia, consideramos que cualquier juez en cualquier gestión judicial o cualquier persona que tenga interés en el litigio o gestión judicial podría plantear la cuestión de constitucionalidad, elevándose los antecedentes para el conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional, reforzando a este tribunal como supremo en materia de jurisdicción constitucional.

A su vez, para despejar el ámbito de competencia propia de la Corte Suprema como máximo tribunal de justicia ordinario, debiera concentrarse ésta en el ámbito de la casación y revisión, sin perjuicio de ser instancia de apelación en otros procedimientos, para lo cual se le despejaría del conocimiento y resolución de las apelaciones de los recursos de amparo o habeas corpus y de protección (amparo o tutela), respecto de los cuales debiera existir una radicación en jueces ordinarios de primera instancia y la segunda instancia en las Cortes de Apelaciones respectivas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros chilenos.

Andrade Geywitz, Carlos. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, Chile, 1971.

Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1990.

Cumplido Cereceda, Francisco y Nogueira A. Humberto. *Teoría de la Constitución*. Ed. Universidad Nacional Andrés Bello. Tercera Edición. Santiago, Chile, 1994.

Estévez Gazmuri, Carlos. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1949.

Molina Guaita, Hernán. *Derecho Constitucional*. Ed. Universidad de Concepción, Chile, 1993.

Piedrabuena Richards, Guillermo. *La Reforma Constitucional*. Ed. Encina Ltda. Santiago, Chile, 1970.

Raveau, Rafael. *Tratado elemental de derecho constitucional*. Editorial Nacimiento, Santiago, Chile, 1939.

Roldán, Alcibiades. *Elementos de derecho constitucional*. Editorial Lagunas & Co. Santiago, Chile, 1924.

Silva Bascuñan, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1963.

Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira A., Humberto. *Derecho Constitucional*. tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997.

2. Artículos y ensayos en Chile.

Andrade G., Carlos. Tribunal Constitucional. En *Cuadernos de análisis jurídico* N° 31. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.

Bulnes Aldunate, Luz. El recursos de inaplicabilidad en la Constitución de 1980. En *Recursos de rango constitucional*. Ed. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1983.

Bertelsen R., Raúl. Sistemas de control constitucional entre 1960 y 1989. En *Diagnóstico histórico jurídico del Poder Legislativo en Chile 1960-1990*. Varios autores. Ed. CEAL, Valparaíso, Chile, 1993.

Bertelsen, Raúl y otros. Función del Tribunal Constitucional de 1980. En *Estudios Públicos* n° 27, Santiago, Chile, 1987.

Cumplido C., Francisco. Tribunal Constitucional y control ideológico. *La Revista del Derecho* N° 1. Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, Santiago, Chile, 1989.

El Tribunal Constitucional. En *Reformas Constitucional 1970*. Varios autores. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1970.

Figueroa G., Rodolfo. La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad. *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 31. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.

Gómez Bernales, Gastón. El Control de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional. En *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 31. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.

Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional y la acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado. En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 1. Ed. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú, 1991.

El Tribunal Constitucional Chileno. En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1995. También en *Cuadernos de análisis jurídico* N° 31, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.

Revisión del modelo orgánico y de la legitimidad del Tribunal Constitucional chileno. *Revista UNIVERSUM* N° 11, Universidad de Talca, Chile, 1996.

La jurisdicción constitucional en Chile. En *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, España, 1997.

Pfeffer U., Emilio. El Tribunal Constitucional. *La Revista de Derecho* N° 1. Facultad de Derecho, Universidad Central. Santiago, Chile, 1989.

Ríos A., Lautaro. La Justicia Constitucional en Chile. *La Revista de Derecho* N° 1. Facultad de Derecho, Universidad Central. Santiago, Chile, 1988.

Rivera, Teodoro. El Tribunal Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 11 N° 23, Santiago, Chile, 1984.

Función y composición del Tribunal Constitucional de 1980. Ed. Centro de Estudios Públicos. *Documento de Trabajo* N° 74. Santiago, Chile, 1986.

Silva Bascuñan, Alejandro y Silva Gallinato, María Pía. La misión del Tribunal

Constitucional, XXIV Jornadas de Derecho Público. *Revista Chilena de Derecho*. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. 1993.

3. Bibliografía de derecho europeo y comparado.

Alvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, España. 1992.

Benda, Ernesto y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. Marcial Pons. Madrid, España. 1996.

Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, España, 1973.

Cascajo Castro, Jose Luis y Gimeno Sendra, Vicente. *El Recurso de Amparo*. Ed. Tecnos. Madrid, España, 1988.

De Vergottini, Giuseppe. *Diritto Costituzionale comparato*. Segunda Edición. Ed. Padova Cedam. Italia. 1987.

Favoreu, Louis y otros. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1984.

Favoreu, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. Ed. PUF. Paris, Francia. 1986.

Los Tribunales Constitucionales. Ed. Ariel S.A. Barcelona, España. 1994.

Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 1992.

López Pina, Antonio. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Ed. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, España, 1991.

Mezzetti, Luca. *Giustizia Costituzionale e Opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*. Maggioli Editore. Rimini - San Marino. 1992.

Pérez Trens, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1985.

Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, 1984.

Rivas Maura, Andrés. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Ed. Civitas. Universitat de les Illes Balears. Madrid, España, 1991.

Rubio Llorente, Francisco. Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 4. Madrid, España. 1982.

Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel. La Jurisdicción Constitucional. En *La Constitución Española de 1978*. Ed. Civitas, Madrid, España, 1980.

Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Ed. CEC, España. 1987.

Torres del Moral, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. Tercera Edición. renovada. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, España, 1992.

Varios autores. *El Tribunal Constitucional*. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Volumen III. España 1981.

Comentarios a la Constitución (española) Ed. Civitas. Madrid, España, 1980.

La división de poderes: el Poder Judicial. Ed. Institut de Ciències Politiques i Socials (adscrita a la Universidad Autónoma de Barcelona - Universitat de Lleida, Bcelona, España, 1996.

La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. Ed. Civitas. Madrid, España. 1991.

4. Obras de Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado.

Abad Yupanqui, Samuel. La jurisdicción Constitucional en la Carta Peruana de 1993. En *Lecturas Constitucionales Andinas* Nº 4. Ed. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú, 1995.

Barrayán Romero, Gil y otros. *El Tribunal de Garantías constitucionales*. Ed. ILDIS, Quito, Ecuador, 1990.

- Brewer - Carías, Allan. *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo P., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995.
- Casanova Moreno, Ivan. La jurisdicción Constitucional en Colombia. *Revista Contribuciones* N° 2, 1994. Ed. CIEDLA, Buenos Aires, Argentina. 1994.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. La jurisdicción Constitucional en Colombia. En *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Ed. Dykinson. Madrid, España, 1997. pags. 469 y siguientes.
- Dueñas R., Oscar. *Procedimiento en la tutela y control de constitucionalidad*. Ed. Librería del profesional, Bogotá, Colombia. 1996.
- Galindo Decker, Hugo. *Tribunal Constitucional*. Ed. Jurídica Zegada. La Paz. Bolivia. 1994.
- Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo y otros. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Ed. Dykinson, Madrid, España, 1997.
- Fix Zamudio, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*. Ed. UNAM, México. 1985.
- García Laguardia, Jorge Mario. Políticas y Constitución en Guatemala. *La Constitución de 1985*. Ed. Procurador de los Derechos Humanos. Guatemala, 1985.
- García Laguardia, Jorge Mario. *La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, orígenes y competencias*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica N° 8, México 1994.
- Haneó Hidrón, Javier. *Panorama de Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1992.
- Miguel Harb, Benjamín. La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. En *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Ed. Dykinson. Madrid, España. 1997. pags. 333 y sgtes.
- Morelli, Sandra. Jurisdicción Constitucional y reforma al Poder Judicial en Colombia. *V Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*. Mérida, Venezuela, 1997.
- Ortiz, Julio César. El sistema de control Constitucional en Colombia. Universidad Externado. *Revista Jurídica*. Volumen N° 5. Editorial Externado. Bogotá, Colombia, 1991.
- Rey Cantor, Ernesto. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Ed. Universidad Libre, Colombia, 1996.
- Sáchica, Luis Carlos. *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1993.
- Salgado Pesantes, Hernán. El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador. En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Lima, Perú. 1995. pags. 167 y sgtes.
- Varios autores. *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4: Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1995.



ALLE ORIGINI DELLA RIGIDITÀ COSTITUZIONALE: LE “COSTITUZIONI DEI MODERNI” DI FRONTE AL FLUIRE DEL TEMPO

Tania Groppi

SOMMARIO: 1. Le “costituzioni dei moderni”: l'atto di un popolo che crea un governo. - 2. Le costituzioni scritte tra immutabilità e rinnovamento. - 3. La revisione costituzionale: la “tranquillante” modifica delle costituzioni dei moderni. - 4. Formule di revisione costituzionale e momento genetico delle costituzioni: il peso dei Padri costituenti. - 5. Il distacco dai Padri: invecchiamento e modifica delle formule di revisione costituzionale.

1. LE “COSTITUZIONI DEI MODERNI”: L'ATTO DI UN POPOLO CHE CREA UN GOVERNO

La “costituzione dei moderni”, atto normativo imposto a tutti i soggetti dell'ordinamento, che definisce la titolarità e disciplina l'esercizio del potere sovrano, si afferma alla fine del XVIII secolo con le grandi rivoluzioni in Francia e in America, come una realizzazione pratica di quell'insieme di dottrine che hanno posto al centro della loro riflessione l'assoggettamento del potere a regole giuridiche e che si ricomprendono sotto il nome di costituzionalismo.

Si usa oggi contrapporre questa nozione a quella di “costituzione degli antichi”¹, espressione di una rete di linee di tensione tra le diverse forze costituzionali concorrenti, che viene a determinarsi quale esito non preordinato di un insieme di leggi, istituzioni, consuetudini e convenzioni che si svolgono nel tempo. Da questo punto di vista, costituzione indica i principi sostanziali che si possono dedurre dalle istituzioni funzionanti in un paese e dal loro sviluppo², radicati nella tradizione e costituenti una vera e propria “eredità nazionale”³.

Poteva anche accadere che accordi tra i diversi soggetti sulla scena (si usa richiamare, nell'Antico regime, la monarchia, la chiesa, la nobiltà, la borghesia: poteri tra i quali era in corso un perenne confronto per strapparsi reciprocamente privilegi e diritti) trovassero espressione in appositi documenti scritti, ma questi mantenevano pur sempre la caratteristica di accordi particolari e a carattere parziale, per così dire, corporativo, sottoposti sempre a nuove

¹ Riprendendo la terminologia usata da McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bologna, 1990, su cui v. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, *passim*. Faremo riferimento a questa contrapposizione in senso “debole”, quale forma di articolazione del discorso intorno a due poli, ma, come si paleserà nel prosieguo, essa non esprime una reale dicotomia, sussistendo piuttosto la tendenza a una dialettica coesistenza tra le due nozioni di costituzione.

² McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 28.

³ McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 44. Nel senso che la costituzione degli antichi “viene pensata come un particolare assetto dei rapporti politici e giuridici”, Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, 1990, 8.

negoziazioni: a tali documenti può essere riconosciuto carattere costituzionale per la materia regolata, ma non perché pretendessero di dettare un disegno sociale e politico generale⁴. In altre parole, ognuno pensava ed agiva per sé, non c'era nessuno che potesse pensare e agire per tutti⁵.

Oltre a non assumere una portata generale, la "costituzione degli antichi", si dice, manca anche di carattere prescrittivo, o, meglio, è prescrittiva in un senso diverso dalla costituzione dei moderni: potremmo sostenere che essa, ponendosi come "descrizione"⁶ dell'ordine politico esistente, è prescrittiva "*rebus sic stantibus*", nei rapporti tra le parti.

Tale costituzione è antecedente alle istituzioni di governo solo in quanto le consuetudini su cui si fonda risalgono indietro nel tempo, essendo incorporate nelle istituzioni stesse della nazione. E' l'insieme delle antiche consuetudini tramandate che regolano e temperano il governo, e sono osservate come venerabili per il lungo e ininterrotto decorrere della loro vigenza, che forma la "costituzione"⁷.

La costituzione dei moderni viene contrapposta a questa antica concezione per il suo carattere volontaristico e prescrittivo⁸: a differenza di quest'ultima, infatti, la prima si pone quale frutto di un atto di volontà, che coinvolge tutti, finalizzato a stabilire le basi unitarie di convivenza.

"Una costituzione non è l'atto di un governo, ma del popolo che costituisce un governo", ha affermato Thomas Paine⁹: essa si caratterizza quindi per l'essere antecedente al governo, in quanto "definisce l'autorità che il popolo dà al suo governo, e quindi per ciò stesso la limita"¹⁰. L'idea stessa di costituzione si

⁴ Così, quasi testualmente, Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 15 e 27. Sulla impossibilità di considerare la *Magna Charta* e il *Bill of Rights* quali costituzioni nel senso moderno, in quanto non creavano un governo e non conferivano poteri al governo come una costituzione, trattandosi invece o di un documento volto a costringere il governo a rinunciare a una parte dei poteri che si era assunto, o di un "contratto stipulato tra le parti del governo per dividersi i poteri e i privilegi", v. Paine, *The Rights of Man*, (1792), trad. it. *I diritti dell'uomo*, a cura di T. Magri, Roma, 1978, 263.

⁵ Quando Madame de Staël contrapponeva la costituzione "antica" a quella "moderna", il riferimento era precisamente al carattere casuale, non predeterminato, alla fine arbitrario, della prima, come rileva Zagrebelsky, *Storia e costituzione* (1993), ora in Zagrebelsky, Portinaro, Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 39. La costituzione della monarchia francese si sarebbe formata "attraverso i continui tentativi della nazione e della nobiltà, l'una per ottenere diritti, l'altra privilegi, e gli sforzi di gran parte dei re per imporre il loro potere assoluto". Il compito "moderno" della costituzione avrebbe dovuto essere per l'appunto di impedire tutto questo, assoggettando le forze concrete particolari a uno schema di rapporti predeterminato: Madame de Staël, *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*, I, Paris, 1818, 143.

⁶ Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, cit., 8.

⁷ V. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 178.

⁸ Anche se, come rileva Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 197, "non si deve confondere il fatto che secondo il costituzionalismo antico la costituzione apparisse come un qualcosa di tramandato *ab immemorabili* e di immodificabile per la sua venerabilità, con il fatto che essa non fosse percepita come un insieme di regole".

⁹ Paine, *I diritti dell'uomo*, cit., 279

¹⁰ McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 33.

collega così a un'idea di rottura, al momento fondante di un ordinamento, alla volontà di azzerare il passato e di ricominciare da capo. La sua vocazione è di guardare non al passato, ma al futuro, o, per essere più precisi, di assumere il passato quale punto di riferimento solo in termini polemici, proiettandosi invece nel futuro. Oltre a tale carattere di *prius* logico e cronologico rispetto all'assetto dei poteri dello stato, la costituzione dei moderni si collega strettamente alla fiducia (razionalistica e illuministica) nelle possibilità umane di plasmare la realtà della vita collettiva: da qui il carattere di "norma costitutiva e regolativa della vita politica, operante in una propria sfera obiettiva, indipendentemente dai rapporti di forza tra i soggetti costituzionali. La costituzione viene concepita per la prima volta come norma giuridica capace di conformare a se stessa la vita costituzionale"¹¹.

Alla base di ciò stanno le dottrine che vedono la costituzione come frutto del potere costituente, di matrice tanto francese che nordamericana, le quali rappresentano ad un tempo tanto il presupposto teorico quanto il tentativo di una sistemazione *ex post factum* degli eventi delle due grandi rivoluzioni e che presentano una sostanziale affinità, pur nella distanza, anche ideologica, che le separa.

Per entrambe le concezioni, infatti, la costituzione è frutto di un potere costituente, che si distingue da quelli costituiti, secondo la tradizione francese, da quelli delegati, secondo la tradizione americana, con una "finzione" che permette da un lato di giustificare la superiorità della costituzione rispetto agli atti dei poteri costituiti o delegati, e dall'altro di limitare la *summa potestas*, in quanto il potere costituente, una volta esaurito il suo compito, si ritrae, e lascia spazio alla vita costituzionale ordinaria. In questo modo, il "terribile potere" rivoluzionario riesce a conciliare il suo carattere illimitato con la necessità, insita nel costituzionalismo, che, viceversa, nessun potere possa durare senza limiti¹².

Elemento comune alle costituzioni rivoluzionarie, e che permarrà anche successivamente, venendo a costituire una caratteristica di tutte le moderne costituzioni, è poi l'essere documenti scritti, approvati in forme solenni, contenenti la codificazione dei principi caratterizzanti la forma di stato e il regime politico.

La scrittura costituisce la forma attraverso la quale si manifestano all'esterno le esigenze di stabilità e certezza¹³ sottostanti alla giuridicizzazione dei rapporti

¹¹ Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 18.

¹² Così Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. Torino, 1990, 98. Sul rapporto tra "popolo sovrano", come soggetto titolare del potere costituente, e la costituzione, a un tempo massima espressione della sua volontà e luogo in cui si dissolve. v. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*. Bologna, 1998, 7 ss.

¹³ Di "dimostrabilità e stabilità" della costituzione scritta parla Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 28, senza dimenticare, però la caustica osservazione di De Maistre (richiamata anche da S. Romano, *Le prime carte costituzionali*. 1907, ora in Id., *Lo stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 151 ss.), per cui "una costituzione scritta è l'apertura di una gara a chi saprà riscriverla meglio" (De Maistre, *Considérations sur la France*, in *Oeuvres*, Bruxelles, 1838, vol. VII, 80 ss.): altro che stabilità e certezza!

costituzionali nei termini di una delimitazione del potere arbitrario e della garanzia di un governo limitato che sono sottostanti alla nascita del costituzionalismo settecentesco¹⁴.

Tali documenti sono finalizzati a realizzare la garanzia dei diritti, e a questo scopo disciplinano l'organizzazione dei poteri: la maggior parte delle norme che contengono sono norme sul potere, non sui diritti, peraltro strumentali al fine della garanzia dei diritti. Il nucleo essenziale di queste Carte costituzionali è riassunto dall'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, secondo il quale "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione".

2. LE COSTITUZIONI SCRITTE TRA IMMUTABILITÀ E RINNOVAMENTO

Le costituzioni dei moderni si pongono in linea di principio come non modificabili con legge ordinaria, nel senso che hanno la pretesa di durare nel tempo, e di imporsi a tutti i soggetti dell'ordinamento, anche al potere legislativo, la cui "tendenza ad assorbire gli altri due poteri" deve essere contrastata¹⁵. Supremazia della costituzione e sua continuità e durata sono due facce della stessa medaglia, e proprio perché la costituzione è qualcosa di permanente tutti i poteri ne sono vincolati, compreso quello legislativo¹⁶. Con le parole di Bryce, tali costituzioni, che si collocano al di sopra delle leggi ordinarie e non possono essere modificate dall'autorità legislativa ordinaria, possono essere definite "rigide"¹⁷.

La formula del giuramento della Pallacorda – "L'Assemblée nationale, considérant qu'appelée a fixer la Constitution du Royaume, opérer la régénération de l'ordre public, et maintenir les vrais principes de la monarchie..." è particolarmente chiara nell'esprimere l'aspirazione a un "ordine fisso e invariabile"¹⁸. Pur nel differente contesto del costituzionalismo ottocentesco, si può richiamare anche il preambolo dello Statuto albertino del 1848, nel quale esplicito è il riferimento di Carlo Alberto allo Statuto quale "legge fondamentale perpetua ed irrevocabile della monarchia"¹⁹.

¹⁴ Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig.disc.pubbl.*, IV, Torino, 1989, 290, sulla importanza della scrittura e il suo collegamento con il carattere prescrittivo.

¹⁵ *Federalist*, n.71, 585.

¹⁶ Così Bartole, *Costituzione*, cit., 290

¹⁷ Il termine costituzioni "rigide" si pone come sinonimo di immobili, solide, cristallizzate, i cui "lineamenti sono duri e stabili"; tali moderne costituzioni si contrappongono a quelle, più antiche, dette flessibili (sinonimo, a sua volta, di mobili o fluide): Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions* (1901), trad. it *Costituzioni rigide e flessibili*, a cura di A.Pace, Milano, 1998, 10 ss. Tali costituzioni, che prevedono "delle specifiche limitazioni al potere legislativo", sono da Hamilton (*Federalist*, 78, 621 ss.), definite come "*limited constitutions*".

¹⁸ Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 39.

¹⁹ Per sottolineare fin d'ora il diverso contesto in cui si collocano le due affermazioni richiamate, entrambe volte a evidenziare una esigenza di "fissità" costituzionale, va ricordato che il giura-

Tale pretesa di fissità e di immutabilità²⁰ si collega anche al carattere solenne assunto da questi documenti: come evidenzia Santi Romano, “quando le prime carte furono emanate, era opinione comune che la solennità delle forme di cui si rivestivano e la consacrazione in un documento scritto dei principi che contenevano dovesse servire ad accrescere la loro stabilità; che, appunto per tale motivo, esse erano differenziate dalle leggi comuni, rispetto alle quali si ritenevano sacre e intangibili; che tutta una serie di freni e di garanzie si esercitavano per rendere più ponderate le loro modificazioni, quando non si proclamava addirittura la loro assoluta immodificabilità”²¹. E, d'altra parte, in riferimento alla costituzione della Pennsylvania, del 1776, Paine aveva affermato che “essa era la Bibbia politica dello stato: non vi era quasi una famiglia che ne fosse priva. Ogni membro del governo ne possedeva una copia; e avveniva comunemente, quando sorgeva un dibattito attorno a un principio di una legge, o ai limiti di ogni specie di autorità, che i partecipanti estraessero di tasca il testo a stampa della costituzione e leggessero il capitolo concernente la materia dibattuta”²².

Le costituzioni dei moderni, frutto del potere costituente, sono pertanto solenni documenti scritti: la scrittura esprime ad un tempo la rottura con il passato e l'inizio di una nuova fase²³. Esse manifestano l'aspirazione a un “ordine fisso e invariabile”, senza passato e senza futuro: come è stato detto, “il potere costituente che agisce per l'imposizione della legge di natura ai rapporti politici mira all'eternità della sua opera e quindi all'assoluta fissità costituzionale... nella costituzione così concepita non ci può essere cambiamento”²⁴. Questo è vero

mento della Pallacorda si colloca nel momento iniziale della rivoluzione francese, quando si cerca ancora di “recuperare” il nucleo “non corrotto del regime monarchico”: “fissare” significa appunto stabilizzare questo nucleo antico, per evitare nuove degenerazioni. Come tutte le costituzioni del positivismo ottocentesco, lo statuto albertino “guarda in avanti”: si pone come una “conquista” da fissare per evitare un ritorno all'antico.

²⁰ Che “l'elemento di immutabilità” sia “intrinseco, e perciò inseparabile dal concetto di costituzione, la quale appare per ciò come un compromesso fra quest'esigenza e l'inevitabile incessante mutamento della vita dello stato”, afferma Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), ristampa inalterata con premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, 184.

²¹ S. Romano, *Le prime Carte costituzionali*, cit., 161 ss.

²² Paine, *I diritti dell'uomo*, cit., 258. Sullo sviluppo dell'idea della costituzione come norma giuridica superiore nelle colonie inglesi dell'America del nord, nel corso del XVIII secolo, v. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (1969), Williamsburg, 1998, 259 ss.

²³ Così Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 63; di recente, Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale. limiti e variazioni*, Torino, 1997, 17. In riferimento alle carte ottocentesche, commentatori dell'epoca potevano affermare che “le costituzioni si concepivano piuttosto quali barriere al passato irrevocabile, anziché regolamenti giuridici della futura azione degli organi pubblici”: Racioppi, Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, I. Torino, 1909, 194. Sullo Statuto albertino come “barriera per il passato” Marchi, *Lo Statuto albertino e il suo sviluppo storico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, I, 190.

²⁴ Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 43, così come la citazione che segue nel testo. V. anche Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 146.

in particolare per le costituzioni rivoluzionarie, la cui natura immutabile si afferma proprio in contrapposizione a quel continuo flusso di cambiamento che è costituito dalle vicende rivoluzionarie: "terminare irrevocabilmente la rivoluzione, vuol dire affermare la costituzione e viceversa"²⁵. Ci sembra che a tale riguardo non venga in rilievo la distinzione tra costituzioni atto e costituzioni contratto, o patto, che distingue l'esperienza francese da quella americana (distinzione che, come vedremo, assume invece un particolare rilievo quanto alle forme entro le quali il mutamento deve incanalarsi), nel senso che entrambe, quelle frutto della volontà popolare, rivoluzionaria, o quelle frutto di accordi e compromessi, esprimono comunque una volontà di stabilità e di durata.

Se mai, la rigidità – intesa come pretesa di durare nel tempo - appare strettamente connessa alla stessa natura scritta delle costituzioni, nel senso di un loro carattere "naturale"²⁶. La vocazione all'immodificabilità delle costituzioni scritte si accompagna alla loro supremazia sulle altre fonti, come non cessa di ricordarci il celebre richiamo del giudice Marshall alla "*written constitution*", fatto proprio nel momento di affermare in concreto tale supremazia, tramite il *judicial review of legislation*²⁷.

Il moderno costituzionalismo implica pertanto l'esigenza di fissare per sempre dei principi di convivenza, di creare un quadro di riferimento in grado di durare nel tempo.

Fin dall'inizio emerge però che tale aspirazione alla stabilità pone un problema di difficile soluzione: essa rischia di dare luogo a una vera e propria tirannia intergenerazionale. Già agli albori del costituzionalismo Hume e Locke avevano sottolineato questo aspetto²⁸; successivamente, posti di fronte a testi

²⁵ "La costituzione è cosa che conviene... a un popolo tornato pacifico per aiutarlo a condurre a termine il movimento rivoluzionario. La costituzione si presenta anche come il principale argine con cui controllare le acque e dirigere il corso della fiumana rivoluzionaria": Colombo, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, 1993, 208.

²⁶ Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, ora in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, 10.

²⁷ Questo richiamo in Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale*, cit., 15; Floridia, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, Torino, 1991, 98; Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 79.

²⁸ Hume, in riferimento alle teorie del contratto sociale, aveva scritto che "ciò suppone che il consenso dei padri sia vincolante per i figli, fino alle più remote generazioni" (Hume, *Del contratto originario*, in *Antologia degli scritti politici di David Hume*, a cura di G.Giarizzo, Bologna, 1961, 93), richiamando in ciò il principio, espresso tra gli altri da Locke, per cui un padre non può vincolare i figli: "E' vero che qualunque impegno o promessa si sia fatta per conto proprio, si è obbligati a mantenerla, ma non si può, con un contratto di nessun genere, obbligare i propri figli o discendenti": Locke, *Due trattati sul governo*, a cura di L.Pareyson, Torino, 1948, 330 ss. Su questi aspetti, v. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther, *Il futuro della costituzione*, cit., 171 ss.

costituzionali di questo tipo, sia pure in contesti profondamente diversi quale quello francese e quello americano. Condorcet²⁹, Paine³⁰ e Jefferson³¹ si soffermano intorno al dilemma se una generazione possa vincolare quelle successive, in altri termini se i morti possono vincolare i vivi.

L'esigenza di non imbrigliare in forme perenni, quali quelle offerte da una costituzione immodificabile, la multiformità della vita costituzionale, ha trovato la sua espressione nel diritto positivo in alcune elaborazioni costituzionali francesi, influenzate proprio dal pensiero e dall'opera di Condorcet. In particolare, nel *Plan de Constitution* presentato dai girondini (precisamente, dal medesimo Condorcet) alla Convenzione nazionale nel febbraio del 1793, l'art.33 della Dichiarazione dei diritti affermava espressamente che "Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare, e di cambiare la sua costituzione. Una generazione non ha il diritto di assoggettare alle sue leggi le generazioni future, e ogni eredità delle funzioni è assurda e tirannica"³². Il titolo IX della c.d. "costituzione girondina", per parte sua, prevedeva la convocazione di una convenzione per rivedere e perfezionare la costituzione, nel ventesimo anno dopo la sua entrata in vigore. A sua volta, l'art.28 della costituzione giacobina del 1793 (peraltro mai entrata in vigore), faceva propria tale impostazione, stabilendo che "una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future"³³.

Le esigenze opposte di fissità e di rinnovamento, pertanto, si fronteggiano nel momento della nascita delle costituzioni dei moderni. Da un lato, sta la necessità di garantire stabilità e certezza al nuovo ordine, di limitare il terribile potere (costituente), dall'altro l'idea di progresso e la volontà di evitare che l'unica via di mutamento percorribile sia quella che porta al crollo totale dell'ordine vigente. La "fissità" della costituzione pone di fronte a un secco *aut aut*: il cambiamento è escluso da questo orizzonte, ma tale esclusione non può che essere una finzione, a fronte della mutevolezza dell'esistenza. Escludere il cambiamento significa rinunciare ad imbrigliarlo, vuol dire affidarsi al "capriccio degli eventi". D'altra parte, il continuo aggiornamento rischia di vanificare l'idea stessa di costituzione. Gli argini al cambiamento edificati dalle costituzioni scritte rischiano di rendere difficile la fisiologica innovazione costituzionale e di determinare patologie di conservazione. E' irrealistico assumere che una certa cristallizzazione giuridica fermi la storia; ed è iniquo edificare una sorta di tirannia intergenerazionale sulla base di una decisione situata indietro nel tempo³⁴.

²⁹ Condorcet, *Des Conventions nationales* (1791), in Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, 1996, 136; su questo discorso di Condorcet, v. Colombo, "Riforma legale" e "potere costituente" nelle costituzioni rivoluzionarie francesi, in *Il politico*, 1985, 468 ss..

³⁰ Paine, *I diritti dell'uomo*, cit., 121 ss.

³¹ Jefferson, *Writings*, a cura di M.Peterson, New York, 1984, 959 ss.

³² Sulla genesi di tale Dichiarazione e sulle sue successive vicende, v. *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1799-1875)*, a cura di A. Saitta, Milano, 1975, 306 ss.

³³ Peraltro, il preambolo della costituzione degli Stati Uniti si rivolge espressamente anche "ai posteri", come evidenzia Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 157.

³⁴ Portinaro, *Il grande legislatore e il custode delle costituzioni*, cit., 29. Sulla necessità a un

Quello che dappertutto prevarrà sarà una via intermedia: “le procedure speciali per il mutamento costituzionale presentano una doppia faccia, l’una che guarda al mutamento e l’altra alla conservazione: una doppiezza che storicamente è destinata a suscitare il timore o l’impazienza dei partiti dei conservatori e degli innovatori”.³⁵

3. LA REVISIONE COSTITUZIONALE: LA TRANQUILLANTE MODIFICA DELLE COSTITUZIONI DEI MODERNI

Rispetto al problema dell’alternativa tra assoluta immodificabilità o totale modificabilità, l’introduzione nella costituzione di clausole di revisione offre una via di uscita³⁶.

Le formule di revisione costituzionale, che si concretano in procedimenti aggravati, diversi dall’ordinario procedimento legislativo, sono un modo per rendere modificabile un testo scritto che in loro assenza si sarebbe posto come completamente immodificabile³⁷. Allo stesso tempo, esse consentono al testo medesimo di durare nel tempo, eliminano la radicale alternativa tra il rigetto in blocco di una costituzione o il suo progressivo allontanamento dalla realtà della vita costituzionale: la stabilità dell’ordine politico viene a discendere anche dalla continuità e tranquillità delle forme del suo mutamento³⁸.

tempo di stabilità e cambiamento delle costituzioni, v. anche De Vega. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, Madrid, 1985, 53 ss.

³⁵ Zagrebelsky. *Storia e costituzione*, cit., 47.

³⁶ E la stessa costituzione francese del 1793, pur rifiutando la “immutabilità assoluta” ammette una certa forma di “immutabilità relativa” (con le parole di Klein. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, cit., 137), se l’art. 115 affronta il tema della revisione costituzionale, affidando questa a “convenzioni nazionali”. Il testo costituzionale gode dunque, anche in questo caso, di una certa protezione: indubbiamente la procedura di revisione è più complessa della procedura legislativa, per cui per modificare il testo della costituzione le “generazioni future” sarebbero comunque state chiamate a una procedura aggravata.

³⁷ Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 89. Nel senso che “la costituzione in senso formale è un dato documento solenne, un insieme di norme giuridiche che possono venire modificate soltanto se si osservano speciali prescrizioni, la cui funzione è di rendere più difficile la modificazione di tali norme”. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milano, 1980, 126.

³⁸ Nel senso che, nel caso in cui si preveda il ricorso a organi o procedimenti speciali per operare i mutamenti, questi sono “mezzi essi stessi di conservazione”. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale* (1952), ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, vol. II, 17. Pace, *L’instaurazione di una nuova costituzione*, in Id., *Potere costituente. revisione costituzionale. autovincoli legislativi*, cit., 127, evidenzia che “la procedura di revisione costituzionale con procedimento aggravato cerca di realizzare, nel contempo, tre diversi obiettivi: evitare la fragilità politica conseguente all’assoluta immobilità delle norme costituzionali (la c.d. pietrificazione); garantire, ciò non di meno, la relativa stabilità delle regole della costituzione scritta; infine rispettare il principio che “ogni generazione deve essere in grado di affrontare tutte le decisioni richieste dalle circostanze del suo tempo”.

Questo problema è avvertito in termini molto chiari dai costituenti francesi nel passaggio dalla *révolution* a l'*ordre*: lo stesso Condorcet, in un importante discorso tenuto il 7 agosto 1791, pone nettamente la questione: "comment trouver un milieu entre des constitutions perpétuelles, qui portent dès lors en elle-mêmes le principe d'une destruction violente, et une constitution toujours variable, qui expose sans cesse un peuple, fatigué de ces mouvements, à chercher le repos aux dépens de la liberté ?"³⁹. E Barnave, nel celebre intervento del 31 agosto 1791 sulle Convenzioni nazionali, riconosciuta l'impossibilità di imbrigliare il potere costituente in formule giuridiche, afferma che "ce qui entre dans notre mandat, c'est d'empêcher que ces pouvoirs constituants ne soient nécessaires; c'est de prévenir, par un mode paisible et conservateur, pris dans la Constitution, la provocation de ce vœu momentané du peuple, qui n'arrive jamais que par la souffrance ou par l'altération successive des pouvoirs constitués"⁴⁰.

E, d'altra parte, l'art.1 del titolo VII della costituzione del 1791 affermava espressamente che "l'Assemblea nazionale dichiara che la nazione ha il diritto imprescrittibile di cambiare la sua costituzione; e tuttavia, considerando che è più conforme all'interesse nazionale usare solamente, con i mezzi ricavati dalla costituzione stessa, del diritto di riformare gli articoli, i cui inconvenienti l'esperienza avrebbe fatto sentire, decreta che vi si procederà mediante un'assemblea di revisione nella forma" di seguito disciplinata nello stesso testo⁴¹.

Frequentemente, dalla presenza in un testo costituzionale di clausole aggravate per la sua modifica si fa discendere il carattere rigido della costituzione: in altri termini, le costituzioni che di tali clausole sono sprovviste sarebbero flessibili, sarebbero modificabili liberamente da parte del legislatore ordinario⁴². Allontanandosi da tali posizioni, si è invece sostenuto – peraltro sulla base della premessa, implicita ma chiara, che le costituzioni siano strumenti di garanzia, e non strumenti di governo di un soggetto politico, il che non sempre è detto che sia – che tutte le moderne costituzioni scritte hanno una vocazione alla rigidità, indipendentemente dalla presenza o dalla assenza di clausole per la loro modifica: le costituzioni che ne sono sprovviste (e questo capita per molte costituzioni ottocentesche), si porrebbero, anzi, come assolutamente immodificabili⁴³.

³⁹ Il discorso tenuto il 7 agosto 1791 da Condorcet al *Club des amis de la Constitution* è riportato in Colombo, *Governo e costituzione*, cit., 218, al quale si rinvia per la ricostruzione del dibattito sul tema del mutamento costituzionale nella Francia rivoluzionaria.

⁴⁰ Così Barnave, *Discours sur le pouvoir constituant. les Conventions nationales et le pouvoir de révision, fait à la séance du mercredi 31 août 1791*, in Id., *Potere costituente e revisione costituzionale*, Manduria, 1996, 5.

⁴¹ Così in *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1799-1875)*, cit., 280.

⁴² Così, ancora di recente, Bartole, *Costituzione*, cit., 300, nonché Morbidelli, *Costituzioni e costituzionalismo*, in G.Morbidelli, L.Pegoraro, A.Reposito, M.Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, 119.

⁴³ Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 11, riprendendo lo spunto di Bryce, il quale, in riferimento alla *Charte constitutionnelle* concessa da Luigi XVIII nel 1814 aveva affermato che "il

Le formule di revisione aggravata della costituzione, lungi dal costituire la causa della rigidità, ne rappresentano una conferma, o, in altri termini, una conseguenza, nel senso che la possibilità di sottoporre a revisione una costituzione documentale è una vicenda successiva all'“invenzione” della costituzione rigida⁴⁴. Tali formule si pongono come strumenti di garanzia della rigidità⁴⁵, in quanto tramite esse si cerca di evitare, incanalando le esigenze di rinnovamento in forme giuridiche, il loro rovesciamento. Esse consentono quel costante adeguamento, quella “manutenzione costituzionale” che soli possono permettere all'ordinamento di durare nel tempo⁴⁶.

Anzi, come è stato precisato, “le norme costituzionali che prevedono uno speciale procedimento di revisione – se raffrontate alle costituzioni esplicitamente o implicitamente immodificabili – provocano, a ben vedere, un ‘indebolimento’ della rigidità costituzionale; ciò non di meno, nel lungo periodo, esse si risolvono in una ‘garanzia’ per la costituzione stessa. Ed infatti, mentre una costituzione assolutamente immodificabile o sta o cade di fronte alle tensioni sociali e ai mutati equilibri politici, una costituzione rigida che sia modificabile in forza di una speciale procedura...ben può recepire, nelle dovute forme, le nuove domande politiche e superare così, senza soverchi traumi, le tensioni sociali da esse determinate”⁴⁷.

D'altra parte, già Tocqueville aveva evidenziato questo aspetto, se, riferendosi alla costituzione francese del 1830 (che, come vedremo, non prevedeva le forme per la sua revisione legale), poteva affermare: “In Francia, la costituzione è un'opera immutabile o considerata tale. Nessun potere la

fatto che essa non contenesse nessuna previsione disciplinante la sua eventuale modifica significa che essa era stata evidentemente elaborata per durare per sempre; ciò tuttavia finì per operare contro di essa, ed il malcontento della Francia può forse esser maturato tanto più rapidamente proprio in conseguenza di ciò, che non era stato previsto, in costituzione, nessun meccanismo costituzionale per placare tale malcontento mediante mutamenti nell'apparato di governo. Nessuna cosa umana è immortale: ed i costituenti fanno bene a ricordare che meno fanno affidamento sulla lunga vita della loro opera, più a lungo è probabile che essa duri”: Bryce, *Costituzioni rigide e flessibili*, cit., 66. Sulla derivazione di una impossibilità di revisione dal “silenzio del testo costituzionale”, De Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 1366. Anche Merkl, *L'immodificabilità delle leggi* (1917), in *Il duplice volto del diritto*, a cura di C. Geraci, Milano, 1987, 134, fa derivare dalla mancata esplicita abilitazione alla modifica del testo la immodificabilità della costituzione.

⁴⁴ Pace, *Presentazione* a Bryce, *Costituzioni rigide e flessibili*, cit., XXIX.

⁴⁵ Lo stesso Pace, *L'instaurazione di una nuova costituzione*, cit., 126, segnala che nella vigente costituzione italiana la revisione costituzionale è disciplinata tra le “garanzie costituzionali”.

⁴⁶ Sugli adeguamenti della costituzione, v. Pensavecchio, *Brevi note su l'interpretazione e l'adeguamento delle costituzioni* (1990), ora in Id., *Interpretazione costituzionale e legislazione costituzionale*, Torino, 1997, 7 ss. Sulla necessità di una costante “manutenzione costituzionale” negli stati federali, proprio in relazione ai mutati equilibri centro-periferia, D'Atena, *Le regioni, tra crisi e riforma*, in *Quale dei tanti federalismi?*, a cura di A. Pace, Padova, 1997, 13. V. anche Pizzorusso, *La manutenzione del libro delle leggi e altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, 12 ss.

⁴⁷ Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 11 ss.

potrebbe cambiare: questa è la teoria riconosciuta. In Inghilterra, si riconosce al parlamento il diritto di modificare la costituzione. La costituzione può dunque esservi cambiata continuamente, o piuttosto non esiste affatto. Il parlamento, oltre ad essere un corpo legislativo, è anche un corpo costituente. In America, le teorie politiche sono più semplici e razionali. Una costituzione americana non è considerata immutabile come in Francia ma neanche potrebbe essere modificata dai poteri ordinari come in Inghilterra. Essa forma un'opera a parte che, rappresentando la volontà del popolo, è obbligatoria per i legislatori come per i semplici cittadini, ma che può essere cambiata dalla volontà del popolo, secondo forme stabilite e in casi previsti. In America, la costituzione può dunque variare; ma, finché esiste, è l'origine di tutti i poteri. La forza predominante è solo in essa”⁴⁸.

Un chiaro esempio del tentativo di dare risposta alla doppia aspirazione alla stabilità e al mutamento propria delle “costituzioni dei moderni” è costituita tanto dalle costituzioni francesi rivoluzionarie che dalle costituzioni americane (sia da quelle delle singole colonie che dalla costituzione del 1787): il costituzionalismo nato dalle rivoluzioni moderne, pretendendo di porre un ordine artificiale, che proprio in quanto tale, a differenza di quello naturale, può essere continuamente messo in discussione, richiede infatti, ben più di quanto avvenga in altri contesti, la edificazione di argini al cambiamento⁴⁹.

L'idea stessa di “revisione costituzionale” sorge nel contesto coloniale del continente nordamericano, sotto l'influsso tanto della tradizione puritana che di quella illuminista e razionalista. Una formula emendativa si trova per la prima volta agli albori del XVII secolo nella Carta dei privilegi della Pennsylvania che, in omaggio alla derivazione giusnaturalista, qualificava come immutabile una parte delle sue disposizioni, introducendo però la necessità, per la modifica delle altre norme, di una procedura diversa e aggravata rispetto a quella legislativa ordinaria⁵⁰ e, successivamente, è presente in tutte le costituzioni degli stati nordamericani formatisi con la dichiarazione d'indipendenza del 1776

⁴⁸ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, trad. it. *La democrazia in America*, a cura di G.Candeloro, Milano, 1994,

⁴⁹ Portinaro, *Il grande legislatore e il custode delle costituzioni*, cit., 28 ss. Barnave si schiera a favore dell'inserimento nella costituzione di una formula di revisione muovendo dalla convinzione di aver fatto “une Constitution, une machine politique toute neuve et nécessairement compliquée”: Barnave, *La revisione costituzionale*, cit., 5.

⁵⁰ L'art. VIII di tale Carta, riportata in *La formazione degli Stati Uniti d'America, Documenti*, a cura di Aquarone, Negri, Scelba, vol. I, Pisa, 1961, 183, affermava che “mai d'ora in avanti potranno essere emanati provvedimenti, leggi o ordinanze che alterino, mutino o diminuiscano la forma o la sostanza di questa carta o di qualsiasi sua parte o clausola, contrariamente ai veri intenti e allo spirito di essa, senza il consenso del governatore allora in carica e di sei tra sette adunati in assemblea”. Sulla importanza di tale previsione quale antesignana delle successive *amending clauses*, Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1984, 34, il quale sottolinea come, diversamente, i *Fundamental Orders* del Connecticut del 1639, spesso definiti quale “prima costituzione nordamericana”, non contenessero nessuna disposizione sulla propria revisione.

che, pur nella varietà delle formule previste, offrono interessanti spunti per la elaborazione della formula emendativa federale contenuta nell'art. V della costituzione del 1787⁵¹.

D'altra parte, nell'ambito dell'esperienza francese rivoluzionaria, le costituzioni del 1791, del 1793 e del 1795 contengono disposizioni dedicate alla loro revisione. La costituzione del 1791 prevede, in un apposito titolo, il VII, la "*Révision des décrets constitutionnels*", stabilendo una complessa procedura, in base alla quale la revisione, quando sia stata proposta da tre legislature successive, è compito di una apposita assemblea, composta da un numero di membri doppio rispetto alla normale legislatura⁵². Anche la costituzione giacobina, pur affermando il diritto di ogni generazione di rivedere, riformare e cambiare una costituzione, non rinuncia tuttavia a disciplinare una procedura aggravata di revisione, stabilendo nell'art.115, "Delle convenzioni nazionali", che se nella maggioranza dei dipartimenti un decimo delle assemblee primarie di ciascuno di essi domanda la revisione dell'atto costituzionale, o il cambiamento di qualcuno dei suoi articoli, il Corpo legislativo è tenuto a convocare tutte le assemblee primarie della repubblica, per sapere se vi è luogo a una convenzione nazionale; questa sarà formata allo stesso modo delle legislature, e, relativamente alla costituzione, dovrà occuparsi solo degli oggetti che hanno motivato la sua convocazione⁵³. Per parte sua, la costituzione dell'anno III prevede, al titolo XIII, una procedura particolarmente complessa, secondo la quale l'iniziativa è rimessa al Consiglio degli anziani, mentre la ratifica spetta al Consiglio dei cinquecento⁵⁴.

Pur rispondendo a esigenze diverse e spesso contrastanti, tutte queste disposizioni hanno per oggetto la stabilizzazione del rapporto tra continuità e discontinuità e la razionalizzazione del mutamento. Anche sotto questo profilo, la rivoluzione, è stato detto, "è quel grande laboratorio costituzionale in cui molte antitesi convivono, ma attraverso il quale si compie la transizione alle moderne tecniche di innovazione e di revisione costituzionale"⁵⁵.

⁵¹ Sulla revisione costituzionale negli stati della Confederazione, v. Matteucci, *Le origini coloniali del costituzionalismo americano*, in Id., *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, cit., 177 ss. Una rassegna delle diverse forme di aggravamento in Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 36 ss. In particolare, sulla revisione della costituzione della Pennsylvania, Paine, *I diritti dell'uomo*, cit., 256 ss., il quale precisa che "nessun articolo di tale costituzione avrebbe potuto essere alterato o violato a discrezione del governo che sarebbe sorto, nei confronti del quale essa aveva valore di legge. Ma poiché non sarebbe stato saggio precludere il beneficio dell'esperienza, nell'intento di prevenire l'accumularsi di eventuali infrazioni, e di preservare l'armonia del governo con quelle che erano in ogni momento le condizioni dello stato, la costituzione stabiliva che ogni sette anni venisse eletta una convenzione al fine di rivedere la costituzione e di apportarvi i cambiamenti, le aggiunte e le abolizioni che si sarebbero ritenute necessarie".

⁵² *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1799-1875)*, cit., 280. Su questa procedura, Colombo, *Governo e costituzione*, cit., 252 ss.

⁵³ *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1799-1875)*, cit., 429.

⁵⁴ *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1799-1875)*, cit., 499.

⁵⁵ Portinaro, *Il grande legislatore e il custode delle costituzioni*, cit., 25.

Non univoca è la risposta data dalle costituzioni del giuspositivismo ottocentesco al problema del rapporto tra stabilità e cambiamento. Infatti, nell'ampia gamma delle costituzioni che punteggiano la storia dello stato liberale, a quelle la cui revisione è disciplinata nel testo costituzionale medesimo (le uniche ad essere qualificate, secondo l'orientamento tradizionale, come "rigide")⁵⁶, si affiancano costituzioni per le quali non è prevista alcuna forma di revisione, in quanto tacciono sulla possibilità e le modalità di un loro mutamento⁵⁷.

Soprattutto queste ultime hanno attratto l'attenzione dei commentatori, chiamati a dibattere della loro assoluta immodificabilità oppure della loro intrinseca flessibilità⁵⁸, pur dovendo riconoscere, gli uni e gli altri, che la concreta parabola storica di tali costituzioni ha mostrato la loro incapacità di sottrarsi al mutamento, e, in ultimo, la loro cedevolezza di fronte alla volontà politica manifestata nella legge⁵⁹.

Le costituzioni dello stato democratico pluralista, poi, segnano il trionfo delle formule di revisione costituzionale: se già al suo tempo Bryce poteva rilevare il numero alquanto limitato di costituzioni flessibili, oggi, al di là del tradizionale e peculiare caso della Gran Bretagna⁶⁰, è assai difficile trovare altri esempi di costituzioni che siano sprovviste di formule aggravate per la loro revisione, tanto che quella della rigidità costituzionale è ormai una imprescindibile caratteristica della costituzione dello stato costituzionale⁶¹. Anzi, la supremazia della costituzione viene oggi solitamente assistita non solo dalla garanzia

⁵⁶ Si possono inserire in questa categoria, delle costituzioni ottocentesche provviste di formule aggravate di revisione, la costituzione della Polonia del 1791, della Svezia del 1809, della Spagna del 1812, dei Paesi Bassi del 1814, della Norvegia del 1814, della Prussia del 1850, della Grecia del 1864, della Francia del 1875.

⁵⁷ Si vedano, ad esempio, le costituzioni della Francia del 1799, 1814, 1830, 1852; della Spagna del 1834, 1837, 1847, 1876, nonché lo stesso statuto albertino del 1848.

⁵⁸ Nel primo senso, peraltro già evidenziato da Tocqueville e Bryce. v. soprattutto Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., *passim*; nel secondo, v. ad esempio, tra i molteplici autori intervenuti in tema di natura rigida o flessibile dello statuto albertino, Saredo, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1886, 141, secondo il quale "siccome è principio fondamentale che ogni legge è modificabile, così il silenzio del nostro statuto sul modo di sua riforma non può implicare che esso non possa essere riformato". Di recente, una sorta di "naturale flessibilità" delle costituzioni che mantengono il silenzio sui modi della loro revisione è affermata da Varela Suanzes, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3338, e da Morbidelli, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit., 120.

⁵⁹ Per cui si è affermato che, anche a riconoscere in queste Carte una pretesa di immutabilità, si è assistito rapidamente a una loro degradazione a costituzioni flessibili: così ad es. De Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale*, cit., 1366; Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, 667, Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 35. Nello stesso senso già S. Romano, *Le prime carte costituzionali*, cit., 162, per il quale "il principio delle costituzioni rigide si è andato mano a mano attenuando e talvolta, come in Italia, è quasi svanito".

⁶⁰ Bryce, *Costituzioni rigide e flessibili*, cit., 103 ss.

⁶¹ De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, 84 ss. Solitamente, alla Gran Bretagna si affianca oggi la sola Nuova Zelanda (così ad es. Viviani, Schlein, *Rigidità costituzionale*, cit., 21 ss.), tenuto conto che Israele a seguito della "rivoluzione costituzionale" degli anni novanta appare ormai dotato di una costituzione superiore rispetto alle leggi ordinarie: v. A. Barak, *A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws*, in *Constitutional Forum*, 1993, 83 ss.; Kretzmer, *The New Basic*

costituita da formule aggravate di revisione, ma anche dalla esistenza di un controllo sulla costituzionalità delle leggi che si pongono in contrasto con le superiori norme costituzionali, garanzia quest'ultima che, ancor meno della prima, non era invece riscontrabile nell'ambito dello stato liberale⁶².

Infine, possiamo richiamare, quale esempio di costituzioni accompagnate da formule relative alla propria revisione, tanto nello stato liberale che in quello costituzionale, le costituzioni degli stati federali: agli albori del federalismo, queste costituzioni, che ci appaiono, oggi, assai simili a quelle degli stati di democrazia pluralista, poste a confronto con le carte ottocentesche del continente europeo, sembravano ai commentatori dell'epoca estremamente conservatrici⁶³.

Riconosciuto quindi che tutte le costituzioni dei moderni si pongono come rigide, cioè in una posizione di supremazia rispetto alle altre fonti dell'ordinamento, tanto nello stato liberale che nello stato costituzionale, rimane una qualche insoddisfazione di fronte all'assenza in molte costituzioni ottocentesche di formule di revisione. Perché alcune costituzioni rinunciano a disciplinare le forme del loro mutamento legale? A ritenere che in tal modo esse siano sottratte a qualsiasi modifica, come possono ambire a porsi quali eterne e immutabili? O, a ritenere, al contrario, che tale silenzio significhi un semplice rinvio alla legge ordinaria, che senso ha allora codificare le supreme regole dello stato in un solenne documento, se questo può poi venire continuamente ed impunemente mutato? Non è allora la costituzione una mera finzione?

Per rispondere a queste domande occorre fare un passo indietro, risalendo al momento genetico delle costituzioni. Il tema del loro mutamento, infatti, si collega strettamente con quello della loro nascita, soprattutto sotto il profilo delle forze che intervengono nel procedimento di revisione: l'esame delle procedure di revisione consente di sostenere che sono i soggetti che, con il

Laws on Human Rights: a Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law? in *Israel Law Review*, 1992, 238 ss.; Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: the Israeli Challenge in American Perspective*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 1995, 309 ss.; A. Barak, *The Constitutionalisation of the Israeli Legal System as a Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law*, in *Israel Law Review*, 1997, 3 ss.; Hirschl, *Israel's "Constitutional Revolution": the Legal Interpretation of Entrenched Civil Liberties in an Emerging Neo-Liberal Order*, in *American Journal of Comparative Law*, 1998, 427 ss.; Mandel, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *Israel Law Review*, 1998, 259 ss. Ma anche nell'ordinamento inglese la tendenza a un qualche irrigidimento di norme costituzionali è stata introdotta con l'*Human Rights Act*, tra i molti. v. G.F. Ferrari, *La Convenzione europea e la sua "incorporation" nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 125 ss.; Dickson, *Human Rights and the European Convention: the Effects of the Convention on the United Kingdom and Ireland*, London, 1997; Markensius, *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, New York, 1998; Clapham, *The European Convention on Human Rights in the British Courts: Problems Associated with the Incorporation of International Human Rights*, in *Promoting Human Rights Through Bills of Rights. Comparative Perspectives*, a cura di P. Alston, Oxford, 1999, 95 ss.

⁶² Sulla tendenza pervasiva nello stato costituzionale del controllo sulla costituzionalità delle leggi, per tutti Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 78 ss.

⁶³ In questo senso Dicey, *Introduction to the Study of the Law and Constitution* (ed. 1914),

loro accordo, hanno posto in essere le costituzioni (ovvero i loro eredi) coloro che possono anche intervenire a modificarle. Benché il potere di revisione non sia il potere costituente, o un suo prolungamento, come accadrebbe se un'assemblea costituente non si fosse mai definitivamente sciolta⁶⁴, e sia invece un potere costituito, è però indubbio che si tende a riprodurre, anche nelle modifiche, il patto costituente, o l'atto di volontà che sta alla base della costituzione formale. Andando a considerare le formule di revisione in relazione al momento genetico delle costituzioni, potremo non soltanto trovare una risposta alla domanda sui motivi per i quali alcune moderne costituzioni scritte non hanno disciplinato le forme del loro mutamento, ma potremo anche evidenziare la relazione che sussiste tra la formula di revisione prescelta e la forma di stato.

4. FORMULE DI REVISIONE COSTITUZIONALE E MOMENTO GENETICO DELLE COSTITUZIONI: IL PESO DEI PADRI COSTITUENTI

L'esame delle formule di revisione costituzionale compiuto in relazione al momento genetico delle costituzioni mostra la loro tendenza a rispecchiare i caratteri essenziali della forma di stato⁶⁵.

Le formule di revisione, in altri termini, sono costruite su misura dai soggetti (e per i soggetti) che stanno all'origine della costituzione: essi, nel momento in cui pongono un nuovo ordinamento, accettano che il loro prodotto non sia eterno, ammettono il cambiamento, ma chiedono che le eventuali, future modifiche, siano compiute secondo procedure tali da necessitare il consenso delle stesse forze che hanno dato vita alla costituzione⁶⁶.

Richiamandosi alla teoria della costituzione materiale⁶⁷, potremmo dire così: la costituzione formale si pone in una posizione di derivazione rispetto alla costituzione materiale; essa viene elaborata dalle forze politiche dominanti in un certo momento storico al fine di stabilizzare e giuridicizzare i valori di cui sono portatrici. Da ciò deriva non soltanto la immodificabilità di quegli aspetti

Indianapolis, 1982, 99, che parla di carattere conservatore delle costituzioni federali, carattere che emerge in modo particolare nel confronto con la "costituzione" britannica.

⁶⁴ Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., 101.

⁶⁵ Questo legame è sottolineato, ad esempio, da Lavagna, *Le costituzioni rigide*, Roma, 1964, 174; Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale*, cit., 129 s.; De Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale* cit., 1360. Nella dottrina straniera, tra i molti, v. ad es. Delpérée, *Le processus de modification de la Constitution belge*, in *La révision de la Constitution*, a cura di L. Favoreu, Paris, 1993, 67; Finer, *The Theory and Practice of Modern Government*, London, 1932, I, 204.

⁶⁶ È interessante notare come Barnave, nel momento di indicare alla Convenzione – nel già citato discorso del 31 agosto 1791 – quale tipo di procedura di revisione costituzionale prevedere, affermi: "comment pouvez vous établir dans votre Constitution un principe de réformation? Par son esprit même, par le principe représentatif qui en est la base; par l'énoncé des représentants de la nation": Barnave, *Potere costituente e revisione costituzionale*, cit., 6.

⁶⁷ Sulla quale non si può che rinviare a Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., 20 ss.; Id., *Premessa a Mortati, La costituzione in senso materiale*, cit., VII ss. Una attenta ricostruzione anche in Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 141 ss.

della costituzione formale che esprimono i valori fondamentali capaci di definire l'identità dello stato, ma anche il fatto che siano comunque chiamate a prendere parte alle modifiche della costituzione formale - modifiche pur sempre volte ad accrescere o mantenere il grado di corrispondenza della costituzione formale a quella materiale - quelle stesse forze politiche dominanti che stanno alla base della costituzione originaria, o quelle che, comunque, rappresentino la prosecuzione nel tempo della volontà espressa da tali forze⁶⁸.

Il collegamento tra forze costituenti e forze chiamate a partecipare alla revisione evoca altresì il principio del "parallelismo delle forme", secondo il quale una costituzione sarebbe sempre modificabile con modalità eguali a quelle seguite per addivenire all'approvazione dell'originario testo costituzionale. Tale teoria, sviluppata essenzialmente per individuare le modalità attraverso le quali poter mutare una costituzione sprovvista di una formula di revisione⁶⁹, è stata criticata essenzialmente sulla base della impossibilità di perpetuare nel tempo procedimenti e organi che hanno esaurito la propria funzione con l'instaurarsi di un dato regime e, quindi, in sostanza, della distinzione tra potere costituente e potere costituito di revisione⁷⁰. Tuttavia, queste obiezioni possono attagliarsi al generale riconoscimento della esistenza di un principio del parallelismo delle forme, indipendentemente da una espressa previsione di esso. Quello che qui si sostiene, viceversa, non implica un richiamo in vita del potere costituente o delle forze costituenti per modificare la costituzione: più modestamente, ci si limita a rilevare la volontà di perpetuare se stessi che impronta i costituenti e

⁶⁸ In realtà, benché parlando dei diversi procedimenti di revisione costituzionale Mortati affermi che l'esperienza mostra "come il potere di revisione si soglia concentrare negli organi di suprema decisione politica e la sua disciplina venga effettuata in modo da assicurare il perseguimento delle finalità indicate", per cui "il criterio generale che appare più idoneo a differenziare tra loro i vari tipi storici del procedimento di revisione è quello che si collega alla distinzione delle forme di reggimento: autocratici, aristocratici, democratici" (così in *Costituzione, dottrine generali*, in *Enc.dir.*, XI, Milano, 1962, 188), l'opinione di Mortati su questo punto non ci risulta del tutto chiara. Altrove, infatti, egli sembra negare che tra i caratteri differenziali di uno stato, atti a contrassegnarne l'identità giuridica, si possa porre "l'organo supremo" (inteso come quello abilitato alle revisioni costituzionali), in quanto, così facendo, "la forma dello stato verrebbe a identificarsi con la forma di governo" (così *La costituzione in senso materiale*, cit., 186). In realtà, ci sembra che proprio il fatto che egli concentri la sua attenzione principalmente sui limiti al potere di revisione (si veda per tutti *Concetto, limiti, procedimento*, cit., 17 ss.) lo porti inevitabilmente a trascurare le procedure di revisione e i soggetti chiamati a parteciparvi: se, comunque, quegli aspetti della costituzione formale che costituiscono la proiezione della costituzione materiale sono sottratti a ogni modifica legale, lo spazio per le modifiche legali viene ad essere marginale e il ruolo delle forze che le compiono secondario.

⁶⁹ J. Barthélemy, *La distinction de lois constitutionnelles et de lois ordinaires dans la monarchie de juillet*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1909, 7 ss., e in particolare 12, dove si afferma che "è tanto un principio generale di diritto, quanto di buon senso che chi è competente a porre in essere un atto è altresì competente a modificarlo o a distruggerlo". Su tale principio, v. De Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale*, cit., 1367 e Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 87.

⁷⁰ V. ad es. le critiche di Mortati, *Costituzione*, cit., 189. e di Esposito, *La costituzione italiana*, Padova, 1954, 7; Id., *La validità delle leggi*, Milano, 1934, 224, nonché, più di recente, di De

che tale volontà si manifesta, tra l'altro, nelle formule di revisione delle costituzioni. Il parallelismo, pertanto, trova esplicita previsione e accoglimento nei testi costituzionali. Qualora, come avviene in alcune carte ottocentesche *octroyées*, manchi qualsiasi disposizione in ordine alle modalità da seguire per modificare la costituzione, si può supporre che tale lacuna sia dovuta alla adesione degli autori della costituzione al parallelismo delle forme, ossia alla loro convinzione che la costituzione potesse modificarsi unicamente *contrario actu*, ma questo è tutto: il parallelismo delle forme, in altri termini, ci appare dotato di una sua consistenza, nel campo della revisione costituzionale, da un punto di vista essenzialmente descrittivo.

Nell'esaminare le formule di revisione costituzionale alla luce delle forze che sono alla base della costituzione, non appare priva di rilievo la distinzione tra costituzione-atto normativo (unilaterale) e costituzione contratto (plurilaterale). Nel caso delle costituzioni-contratto, infatti, è particolarmente agevole identificare nelle formule di revisione costituzionale la richiesta di partecipazione alla modifica delle stesse forze che avevano prestato il consenso, tramite l'adesione al patto fondamentale, nel momento della fondazione dell'ordinamento: si potrebbe anzi argomentare che la rigidità è un portato dei connotati specifici del contrattualismo moderno⁷¹.

Il carattere di costituzione-atto è proprio del costituzionalismo francese, quello di costituzione-contratto del costituzionalismo nordamericano: la loro essenziale differenza deriva da un diverso modo di concepire il ruolo della costituzione, come insieme di regole giuridiche, nei confronti della organizzazione sociale, nel senso che per il costituzionalismo nordamericano, così come emerge fin dalle prime carte costituzionali coloniali, la costituzione ha a oggetto l'organizzazione stessa della società, oltre che del potere politico, per il secondo solo l'organizzazione del potere politico, rispetto alla quale il legame sociale è antecedente, essendo costituito da quella preesistente unità denominata nazione⁷².

Il carattere di atto unilaterale è proprio tanto delle costituzioni che nascono in virtù di un atto costituente del popolo (o, più precisamente, della nazione), visto quale un'unica entità in grado di esprimere un'unica volontà, quanto delle costituzioni concesse come forma di autolimitazione dal sovrano, le costituzioni *octroyées* del XIX secolo.

Vega, *La reforma constitucional*, cit., 85 ss.

⁷¹ Portinaro, *Il grande legislatore e il custode delle costituzioni*, cit., 28.

⁷² Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 201. Peraltro, non va dimenticata l'altra grande differenza tra i due modelli di costituzionalismo, richiamata già *supra* nel testo, paragrafo 1, differenza riscontrabile qualora si consideri il carattere di "finzione" insito nella definizione francese di nazione (così Portinaro, *Il grande legislatore e il custode delle costituzioni*, cit., 21): il costituzionalismo americano mira a istituzionalizzare un ordine che c'è già, mentre quello francese pretende di instaurare un ordine che non c'è ancora (così Barberis, *Progetto per la voce 'costituzione' di una enciclopedia*, in *Filosofia politica*, 1991, 356 ss.; ma in questo senso si potrebbe già citare la celebre interpretazione storico-costituzionale delle due rivoluzioni di Arendt, *On Revolution* (1963), trad. it. *Sulla rivoluzione*, Milano, 1963).

Un modello delle c.d. costituzioni popolari⁷³ è offerto dalle costituzioni rivoluzionarie francesi, viste appunto come espressive della volontà della nazione, considerata come un tutto unico: il loro mutamento è rimesso alla "nazione", tramite la formazione di apposite assemblee, variamente denominate (l'assemblea di revisione nel Titolo VII della costituzione del 1791, la Convenzione nazionale secondo l'art.115 della costituzione del 1793, di nuovo l'Assemblea di revisione nel Titolo XIII della costituzione dell'anno III), il cui compito, relativamente alla costituzione, è limitato a quegli oggetti che sono stati individuati attraverso il complesso processo di iniziativa⁷⁴. A queste, almeno per quanto riguarda le modalità previste per la loro modifica, si avvicinano quelle costituzioni pattizie che sono figlie del medesimo periodo storico, le costituzioni degli stati che fanno parte della Confederazione americana. Il loro carattere pattizio si collega a una concezione non unitaria di popolo, ponendosi esse stesse quale un *covenant* che fonda non solo l'ordinamento politico dello stato⁷⁵, ma anche il consesso sociale, configurandosi come una decisione comune in ordine allo stesso vivere insieme in pace, come un *pactum societatis* oltre che un *pactum subiectionis* (e avvicinandosi, in questo, alle costituzioni dello stato pluralista del XX secolo). Nondimeno, la loro modifica è rimessa, solitamente, ad assemblee popolari *ad hoc*, le *Conventions*, elette proprio al fine di rivedere la costituzione⁷⁶.

⁷³ Morbidelli, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit.,77.

⁷⁴ In generale, v. *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1799-1875)*, *passim*; Colombo, *Governo e costituzione*, cit., *passim*.

⁷⁵ Secondo il modello fornito dal celebre patto firmato a bordo del Mayflower dai padri pellegrini l'11 novembre 1620: "Noi sottoscritti, che per la gloria di Dio, per l'incremento della fede cristiana, per l'onore della nostra patria, abbiamo stabilito la prima colonia su queste rive lontane, conveniamo col presente atto, per consentimento mutuo e solenne, davanti a Dio, di costituirci in società politica, allo scopo di governarci e di lavorare al compimento dei nostri disegni; e in virtù di questo contratto conveniamo di promulgare leggi, atti, ordinanze e di istituire, secondo i bisogni, delle magistrature, alle quali promettiamo sottomissione e obbedienza", in Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, Milano, 1997, 247.

⁷⁶ Si veda, come esempio delle costituzioni statali che prevedevano la revisione tramite *Convention*, l'art. X della costituzione del Massachusetts del 1780 (in *La formazione degli Stati Uniti d'America*, cit., 87 s.): "Allo scopo di assicurare una più rigorosa osservanza dei principi della costituzione e di portar rimedio alle violazioni perpetrate contro di essa, come pure al fine di apportarvi quelle modifiche che l'esperienza dimostrerà necessarie, la Corte generale che sarà in carica nell'anno di nostro signore millesettecentonovantacinque invierà istruzioni agli assessori delle varie città e piantagioni non costituite in municipalità per la convocazione degli elettori delle rispettive città e piantagioni, onde conoscere la loro opinione sulla necessità o l'opportunità di riformare la costituzione.

E se risulterà che i due terzi degli elettori di tutto lo stato, che si saranno riuniti e avranno votato in seguito a tale convocazione, siano favorevoli a tale riforma, per mezzo dell'ufficio del segretario darà istruzioni alle varie città per l'elezione di delegati che si riuniscano in convenzione per i fini sopra menzionati.

E detti delegati dovranno essere eletti nella stessa maniera e nella stessa proporzione previste dalla presente costituzione per l'elezione dei membri del secondo ramo del Corpo legislativo".

Le c.d. costituzioni “concesse” sono, almeno apparentemente⁷⁷, frutto di un atto di volontà unilaterale del sovrano, che accetta di autolimitarsi: ammettere una forma di revisione, di mutamento di queste costituzioni è impossibile, poiché soltanto colui che ne è artefice può modificarle, con un nuovo atto di volontà⁷⁸. Naturalmente, il discorso non è così semplice, ed è ben possibile che dietro quella che appare come una volontà unilaterale sussista in realtà un patto tra il re e altre forze, in particolare quelle borghesi, che hanno “costretto” il monarca ad elargire la costituzione: è pertanto comprensibile come anche le costituzioni ottocentesche *octroyées*, nate sprovviste di una formula di revisione, e quindi assolutamente imm modificabili se non con un nuovo intervento regio, evolvano quasi immediatamente nel senso della flessibilità, ossia della possibilità di essere derogate con legge. Si svela, in tal modo, che dietro l'apparente atto unilaterale si nasconde un compromesso costituzionale tra diverse forze politiche e sociali. Significativo è il caso dello statuto albertino, “legge fondamentale perpetua e irrevocabile della monarchia”, che non contiene alcuna disposizione sulla revisione costituzionale. Pochi giorni dopo l'entrata in vigore dello Statuto Cavour poteva scrivere, in un celebre articolo comparso il 10 marzo 1848 su “Il risorgimento”, che nelle monarchie costituzionali il re e le camere sono pienamente investiti del potere costituente, e che il fatto che lo statuto sia qualificato come irrevocabile “non vuol dire che le condizioni particolari del patto non siano suscettibili di progressivi miglioramenti operati di comune accordo tra le parti. Il re, col concorso della nazione, potrà sempre nell'avvenire introdurre in esso tutti i cambiamenti che saranno indicati dall'esperienza e dalla ragione dei tempi”⁷⁹.

In definitiva, dietro alle carte *octroyées*, che si presentano come atti di autolimitazione regia, si cela spesso un carattere pattizio, che contribuisce a

⁷⁷ Nel senso che in tali casi “il carattere unilaterale della carta è una finzione, non potendo il sovrano che l'ha concessa né abrogarla né limitarla”. Ghisalberti, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc.dir.*, XI, 1962, 139.

⁷⁸ Come accennato, possiamo inserire in questa categoria la *Charte constitutionnelle* francese del 1814 e, sia pure con molte peculiarità, la Carta del 1830, lo Statuto albertino del 1848, le costituzioni spagnole del 1834, 1837, 1847, 1876: su queste “costituzioni pietrificate” v. *amplius* Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 6 ss. Sulla genesi della costituzione francese del 1830, che si configura piuttosto come un contratto tra il nuovo re e il popolo (se non addirittura come un compromesso proposto dal re al popolo), ma si atteggia a modifica della precedente Carta del 1814 (dalla quale scompare il preambolo, proprio per sottolineare in modo indiretto che non era più *octroyée*, ma che emanava dalla volontà della nazione), non preoccupandosi quindi della propria modifica, v. Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, 1993, 245, nonché P.Pasquino, *La teoria costituzionale della monarchia di luglio*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988, 377 ss.

⁷⁹ Cavour, *Critiche allo statuto*, in *Il risorgimento*, 10 marzo 1848, ora in *Tutti gli scritti di Camillo Cavour*, a cura di C.Pischedda e G.Talamo, Torino, 1976, III, 1115, su cui v. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., 53, Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, 171, Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 35.

spiegare la possibilità e le modalità della loro modifica, tramite la riproduzione dell'accordo tra i medesimi soggetti che ne erano all'origine⁸⁰. Con la semplice osservazione che il prodotto di tale accordo assumeva, nello stato liberale, la forma della legge, da cui la modificabilità con legge di queste carte in origine immodificabili. L'evoluzione della monarchia costituzionale pura da dualista a monista, avvenuta nel corso dell'ottocento in molti ordinamenti⁸¹, conseguente al predominio della borghesia, all'affermazione del regime parlamentare e della onnipotenza del parlamento, porta al mutamento della natura della legge, che diventa espressione della volontà di una sola parte: in tal modo la costituzione, che rimane immutabile e immutata, cede il proprio primato alla legge, espressione delle forze egemoni⁸². Ma in tal modo si finisce per alterare, e anzi, per ribaltare, l'equilibrio sottostante alla originaria concessione regia⁸³.

Le costituzioni *octroyées* non si differenziano molto, in sostanza, da un particolare tipo di costituzioni pattizie⁸⁴, quali le costituzioni ottocentesche della monarchia costituzionale, concepite esplicitamente (e non attraverso una evoluzione materiale) in termini di compromesso tra il popolo (ossia la borghesia), che non era sufficientemente forte o sicuro di sé per assumere indivisibilmente la direzione dello stato e diventare così anche il signore assoluto della costituzione, da un lato, e, dall'altro, il monarca, il cui potere viene sottoposto a regole e vincoli, a vantaggio dei cittadini-borghesi⁸⁵. Si tratta di solito di costituzioni approvate da assemblee legislative ordinarie o da assemblee costituenti, e successivamente accettate dal monarca⁸⁶: in esse il tema della revisione costituzionale è affrontato espressamente, e viene affidato alle due camere (espressive, lo si ricordi, sia del principio "democratico" – camera bassa - che di quello aristocratico – camera alta -), attraverso un voto a maggioranza qualificata, spesso accompagnato da uno scioglimento delle assemblee medesime e da nuove elezioni, richiedendosi a volte esplicitamente un accordo con il re⁸⁷.

⁸⁰ Nel senso che il dualismo delle monarchie costituzionali in Europa rendeva insolubile il problema della sovranità, per cui si è parlato di stati senza sovranità o a sovranità incerta o indecisa, Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 65, che evidenzia come esistesse il "partito assolutista" che interpretava le Carte *octroyées* come elargizioni sempre revocabili da parte della sovranità regia, così come al contrario esisteva il partito parlamentare, che vedeva nella camera rappresentativa il vero motore del sistema.

⁸¹ Peraltro, in alcuni, come in Italia, mai fino in fondo: Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989.

⁸² Su questa evoluzione, Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 21.

⁸³ Bartole, *Costituzione*, cit., 300.

⁸⁴ Entrambe infatti si inseriscono tra le costituzioni frutto di "procedimenti monarchici", vuoi unilaterali, più o meno formalmente, vuoi negoziati e bilaterali: De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, 1993, 152.

⁸⁵ Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 19.

⁸⁶ Così la costituzione della Svezia del 1809, quella dei Paesi Bassi del 1814, quella del Belgio del 1831, quella della Prussia del 1850; con qualche cautela, per il suo collocarsi in un periodo bellico, anche la costituzione spagnola del 1812, la c.d. "costituzione di Cadice".

⁸⁷ V. costituzione della Svezia (1809), art. 81; Belgio (1831) art. 131; Paesi Bassi (1814), artt. 194-

Con la sola differenza che in tali ordinamenti non è possibile una evoluzione quale quella indicata, che porti la costituzione ad essere flessibile a seguito di un mutamento dei rapporti materiali tra le forze in campo: l'egemonia della borghesia, l'onnipotenza del parlamento, la supremazia della legge si scontrano pur sempre con la presenza di clausole espresse di revisione, che vengono quindi a giocare il proprio ruolo di conservazione, imponendo un accordo tra i soggetti fondanti dell'ordinamento anche quando sono mutati i rapporti di forza reciproci. Tale "sfasamento" era peraltro alquanto temperato dall'assenza in questi ordinamenti del controllo sulla costituzionalità delle leggi⁸⁸.

Le costituzioni dello stato costituzionale (o democratico-pluralista) del XX secolo, diffuse in particolare a partire dal secondo dopoguerra, si pongono a un tempo come "ordinamento giuridico delle funzioni dello stato e come determinazione fondamentale dei valori della vita sociale"⁸⁹: non solo l'organizzazione politica, ma anche quella sociale ne è l'oggetto. Esse si assumono l'immane compito di rifondare la società, di dare ad essa valori di concordia, attraverso un vero e proprio nuovo *pactum societatis*, e di porre le basi di ogni potestà politica, attraverso un nuovo *pactum subiectionis*.

La costituzione dello stato democratico-pluralista è il risultato di un accordo tra forze politiche e sociali, al fine di dettare, attraverso esso, un disegno economico e sociale complessivo, accordo rispetto al quale ciascuna forza non rappresenta che un frammento⁹⁰. Tali patti hanno una valenza di integrazione dei gruppi sociali, attraverso la consacrazione di valori condivisi⁹¹, in quanto sono il frutto di un processo nel quale ciascuna parte rinuncia a ciò che divide in favore di ciò che unisce. Nelle costituzioni dello stato pluralista sono iscritti quei principi che si vogliono sottrarre alla volontà della maggioranza politica contingente e alla stessa dialettica democratica, quei principi nei quali ciascuna delle parti può riconoscersi. Proprio per questi caratteri la costituzione nello stato pluralista è sottratta ad ogni modifica unilaterale, e il suo mutamento è

197; Prussia (1850), art.107; Danimarca (1849), art. 45, tutte in Minguzzi, *Principali costituzioni straniere*. Firenze, 1899; Spagna (1812), artt.372 ss., in De Esteban, *Las constituciones de España*, Madrid, 1998, 154.

⁸⁸ Sui motivi che rendevano impossibile la nascita di una giustizia costituzionale, sul continente europeo, nel corso dell'ottocento, Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 14 ss.

⁸⁹ Così Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 25 ss.

⁹⁰ Così Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., 57 ss. V. anche Luciani, *Corte costituzionale e unità in nome dei valori*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 170 ss.; Onida, *Le costituzioni*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997, vol. I, 77 ss.

⁹¹ Sulla costituzione come luogo di integrazione dei gruppi sociali, Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 147. Sul compito unificatore della costituzione nello stato democratico-pluralista v. principalmente Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 39 ss.: la costituzione, nelle società pluraliste, ha "il compito immane di reggere in unità e in pace intere società divise al loro interno e concorrenziali" (48).

consegnato alla volontà dei protagonisti dell'accordo medesimo⁹².

Le clausole di revisione della costituzione, quindi, servono a rendere modificabile ciò che, in sua assenza, non sarebbe modificabile, e a renderlo modificabile solo a determinate condizioni, vale a dire solo qualora sussista un vasto consenso intorno alle modifiche da apportare all'accordo⁹³. Consentire il mutamento dell'accordo, ma sottrarlo a un tempo alla volontà della maggioranza (mantenendo perciò il suo carattere compromissorio), significa porre le condizioni perchè l'ordinamento possa durare nel tempo. Pertanto, in tali costituzioni si riscontrano procedimenti di modifica della costituzione che richiedono il consenso di maggioranze parlamentari particolarmente ampie e, in molti casi, prevedono anche un intervento del corpo elettorale, a seconda che si privilegi un indirizzo rappresentativo (mediato) o invece immediato nella concezione della democrazia⁹⁴.

Analogo discorso si può fare per le costituzioni federali: anche queste, infatti, si configurano come accordi tra diversi soggetti, rispetto ai quali le formule di revisione svolgono una duplice funzione: da un lato, quella di sottrarre la costituzione, il patto fondamentale, al rischio di modifiche unilaterali, a opera di singole componenti, anche maggioritarie, dell'accordo; dall'altro, quella di rendere comunque l'accordo modificabile senza che sia necessario l'assenso (*consent*) di tutte le componenti (requisito che finirebbe per renderlo, di fatto, immodificabile).

5. IL DISTACCO DAI PADRI: INVECCHIAMENTO E MODIFICA DELLE FORMULE DI REVISIONE COSTITUZIONALE

Le costituzioni dei moderni, quindi, sia quelle rivoluzionarie che quelle ottocentesche, quelle federali e quelle della democrazia pluralista, mostrano

⁹² Bartole, *Costituzione*, cit., 302, secondo il quale "l'irrigidimento del compromesso vuole la sua perpetuazione, e certamente non sarebbe più un compromesso quello che rilasciasse all'una o all'altra parte gli strumenti per imporre la propria volontà al di fuori di qualsiasi mediazione e bilanciamento", e "la rigidità...tutela i soggetti del compromesso all'atto della decisione costituzionale e negli stadi ulteriori del suo articolarsi".

⁹³ Così Mortati, *Costituzione*, cit., 186, che collega la ricerca di un vasto consenso per le modifiche con il carattere compromissorio delle costituzioni. In riferimento alla costituzione italiana, v. anche Zagrebelsky, *Adeguamenti e cambiamenti della costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di V.Crisafulli*, Padova, 1985, 933, secondo il quale "l'art.138 della costituzione, che prevede un procedimento necessariamente coinvolgente, dal punti di vista politico, molto al di là della semplice maggioranza di governo, è la trascrizione formale di tale principio, fondato, al di là della regola espressa, sulla logica stessa della riforma costituzionale proveniente dall'interno di un sistema politico pluralistico-compromissorio".

⁹⁴ Per una panoramica sulle formule di revisione costituzionale negli ordinamenti contemporanei, Morbidelli, *Le dinamiche della costituzione*, in G.Morbidelli, L.Pegoraro, A.Reposito, M.Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., 113 ss.; De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 177 ss.; Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., 666 ss.. Sul ruolo del referendum nel procedimento di revisione, Baldassarre, *Il "referendum" costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, 235 ss.; De Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale*, cit., 1360 ss.

ad un tempo l'aspirazione alla immutabilità e al mutamento, volendo rendere possibili aggiustamenti, adeguamenti del testo costituzionale, di fronte al fluire del tempo, nel mantenimento però della continuità degli elementi essenziali dell'ordinamento. Tale aspirazione trova la sua concretizzazione nelle formule di revisione costituzionale.

Tuttavia, se questa è l'aspirazione connaturata all'idea stessa di revisione costituzionale, nella pratica si verifica frequentemente uno sfasamento tra le formule di revisione e la concreta realtà politica.

La rigidità costituzionale è un concetto relativo⁹⁵, mutevole non solo nello spazio, ma anche nel tempo, pur nell'ambito di un medesimo ordinamento: è ben possibile, infatti, che formule di revisione pensate per garantire la costituzione da frequenti mutamenti si rivelino in realtà costituire un ostacolo estremamente flebile, in quanto l'evoluzione del sistema politico o il cambiamento del sistema elettorale rendano facilmente raggiungibili maggioranze in precedenza considerate elevate. E' anche possibile il contrario, cioè che formule di revisione volte a prevedere procedure ritenute in un certo momento storico facilmente accessibili, si rivelino poi in concreto di difficile o impossibile utilizzazione: anzi, questo è quanto avviene più frequentemente nelle moderne costituzioni pattizie.

Queste costituzioni, che non hanno un unico autore, sono più facili da farsi che da modificarsi⁹⁶: riprodurre l'accordo che ne è alla base, e del quale la formula di revisione rappresenta una proiezione, è spesso difficile. Con la conseguenza che l'indice di effettiva rigidità delle costituzioni, che esprime il grado di difficoltà della loro modifica attraverso le vie legali, può essere diverso da quello costruito sulla base del tipo di procedura aggravata individuata dal testo costituzionale⁹⁷.

La difficoltà di riprodurre il compromesso sul quale la costituzione si fonda, al fine di realizzare modifiche, è tanto più frequente quanto più ci si allontana dal momento costituente. Quando la generazione costituente non c'è più, quando, in termini jeffersoniani, la generazione dei viventi rompendo il vincolo ereditario si ritiene pienamente emancipata da quella dei padri⁹⁸; emerge con

⁹⁵ Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale*, cit., 60 ss. che sottolinea come la minore o maggiore percorribilità del procedimento di revisione dipende dal contesto politico in cui si colloca, evidenziando come per esempio un mutamento del sistema elettorale potrebbe rendere facilmente raggiungibili maggioranze parlamentari in precedenza ritenute elevate.

⁹⁶ Così Zagrebelsky, *I paradossi della riforma costituzionale*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther, *Il futuro della costituzione*, cit., 299.

⁹⁷ Una ricostruzione degli indici di rigidità delle costituzioni è in Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in *Responding to Imperfection*, a cura di S. Levinson, Princeton, 1995, 237 ss.

⁹⁸ Per queste immagini, Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 78. Con riguardo all'ordinamento italiano, nell'allontanarsi dalla generazione dei Padri, v. Dogliani, *La lotta per la costituzione*, in *Diritto pubblico*, 1996, 293 ss.

evidenza l'obsolescenza delle formule di revisione, che, pensate per riprodurre, "in piccolo", il patto costituente, diventano invece inutilizzabili, il compromesso irriproducibile, la costituzione "bloccata" o "congelata"⁹⁹.

Tra le varie componenti del testo costituzionale, le formule di revisione, proprio perché luogo preordinato di proiezione delle forze costituenti, sono la parte che invecchia più rapidamente, e che, come tale, necessiterebbe di frequenti aggiornamenti.

L'alternativa alla irriproducibilità del compromesso costituente potrebbe infatti essere costituita dall'aggiornamento della formula di revisione¹⁰⁰.

Tuttavia, tale modifica incontra due ordini di difficoltà, uno di tipo pratico, uno di tipo teorico.

Sul piano pratico, è assai difficile che, laddove non si riesca a trovare l'accordo necessario a realizzare le revisioni della costituzione ritenute necessarie, si sia invece in grado di raggiungere un compromesso sulla modifica della formula di revisione costituzionale: in un sistema bloccato, che non riesce a decidere, è assai improbabile che si sia in grado di assumere una decisione così centrale per la forma dell'unità politica quale quella relativa alla revisione delle procedure di revisione costituzionale. Probabilmente, in un ordinamento nel quale si riuscisse a prendere questa decisione, sarebbe possibile raggiungere un compromesso anche su singole ipotesi di revisione: il "paradosso del riformatore riformato"¹⁰¹ vale a maggior ragione riguardo alla modifica delle disposizioni costituzionali in materia di revisione costituzionale¹⁰².

Sul piano teorico, l'aggiornamento della formula di revisione costituzionale al fine di adeguarla alla evoluzione dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento incappa nel celebre paradosso di Ross, riguardo alle norme giuridiche autoreferenziali. Secondo l'originaria impostazione di questo autore, poiché le regole del mutamento di una norma appartengono naturalmente al presupposto di questa, ne consegue che la regola che stabilisce le condizioni del mutamento si colloca ad un livello di efficacia superiore a quello della norma da modificare. Egli considera la norma sulla revisione la vera norma fondamentale dell'ordinamento, quella nella quale si incarna il potere costituente stesso, per cui ogni alterazione di tale formula avrebbe comportato una nuova manifestazione del potere costituente: che venga adottata conformemente alle

⁹⁹ La costituzione australiana viene definita "frozen constitution": v. *infra*, capitolo 4, paragrafo 3.

¹⁰⁰ Si pensi, ad esempio, alla auspicata modifica dei quorum richiesti per la revisione costituzionale della quale si è dibattuto in Italia a seguito della entrata in vigore, nel 1993, di un sistema elettorale maggioritario: Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale*, cit., 63.

¹⁰¹ Nel senso che "si vuole la riforma perché le decisioni sono difficili, ma la riforma è essa stessa la decisione più difficile. Anzi, tanto più la riforma è necessaria, in quanto manca la capacità di decidere, tanto più essa è difficile": così Zagrebelsky, *I paradossi della riforma costituzionale*, cit., 302; v. anche Id., *Adeguamenti e cambiamenti della costituzione*, cit., 915 ss.

¹⁰² Si pensi al dibattito canadese sulla formula di revisione costituzionale da scegliere, che si è protratto per decenni, in vista di realizzare la *patriation* della costituzione, e che si è chiuso solo a seguito della decisione unilaterale del primo ministro Trudeau, senza che fosse possibile realizzare un accordo tra le province.

regole sulla revisione, o al di fuori di queste, ogni modifica della formula di revisione determinerebbe la nascita di un nuovo ordine giuridico che viene a sostituirsi all'antico¹⁰³.

Benché tale tesi non possa essere accolta sul piano generale, ma richieda una valutazione caso per caso, sulla base del tipo di modifica di cui si discute¹⁰⁴, è però indubbio che mutamenti delle norme disciplinanti la revisione potrebbero incidere sulla conservazione del sistema, intaccando il nucleo essenziale identificante l'ordinamento¹⁰⁵.

Infatti, riconosciuto che nella formula di revisione si specchia la forma di stato, in quanto si specchiano in essa le forze portatrici della costituzione, modifiche a questa formula tali da mutare il quadro di riferimento delle forze il cui consenso è chiesto per cambiare la costituzione potrebbero comportare un mutamento della forma di stato.

Non che modifiche di questo tipo siano da escludere: semplicemente, esse non potrebbero mai avvenire dall'interno dell'ordinamento, attraverso la revisione formale, ma, sia che seguano tale procedura, sia che non la seguano, si tratterebbe sempre e comunque di una soluzione esterna al mondo della costituzione formale e, più in generale, del diritto: si tratterebbe di fatti normativi *extra ordinem* che non possono trovare motivo di validità nella costituzione anteriore. Le formule di revisione sono formule "amiche" della costituzione, in quanto il potere di revisione si basa sulla costituzione stessa; se la contraddicessero, per sostituirla con un'altra, si trasformerebbero in "nemiche" della costituzione, e non potrebbero invocarla come base della propria validità. Come è stato detto, chi combatte un nemico non può pretendere di farlo in

¹⁰³ Ross, *On Law and Justice*, Londra, 1958, 78 ss., su cui v., tra i molti, Bulygin, *Das Paradoxon der Verfassungsrevision*, in *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer*, Wien, 1988, 307 ss.; Suber, *The Paradox of Self-Amendment. A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, New York, 1990; Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, cit., 123 ss. Peraltro, successivamente, Ross ha modificato tale opinione, ritenendo che la norma suprema sia non la norma sulla revisione, ma una norma del tipo: "Obbedite all'autorità istituita dalla norma sulla revisione, finché questa stessa autorità non indichi un successore; allora obbedite a questa autorità, finché essa stessa non indichi un successore; e così via indefinitamente". Così Ross, *Sull'autoriferimento e su un puzzle nel diritto costituzionale* (1969), in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di R. Guastini e P. Pollastro, Bologna, 1982, 232.

¹⁰⁴ Valutazione in base al tipo di modifica che non ci sembra possa coincidere con quella compiuta dagli autori che ritengono sempre ammissibile un aggravamento delle procedure di revisione: Pace, *L'instaurazione di una nuova costituzione*, cit., 138; Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale*, cit., 154. Non è tanto il *quantum* di rigidità che viene in evidenza, ma la qualità della procedura richiesta, in relazione alle caratteristiche della forma di stato. Così, ad esempio, il passaggio da una formula di revisione che richiede il consenso dei 3/5 delle assemblee elettive a una formula che richiede anche il consenso dei 2/3 degli stati membri non potrebbe non ritenersi un aggravamento, ma indubbiamente comporterebbe anche una modifica, in senso federale, della forma di stato.

¹⁰⁵ Così Mortati, *Costituzione*, cit., 208 s., che sottolinea la necessità di "valutazioni da effettuarsi di volta in volta, con riferimento ai valori ai quali esso [il mutamento delle norme sulla revisione] è collegato".

nome del nemico stesso: "gli organi che agiscono contro la costituzione non sono più suoi organi"¹⁰⁶.

In altri termini, il problema della modifica delle formule di revisione costituzionale non è tanto un problema di "limiti formali" alla revisione, ma attiene pienamente al piano dei "limiti sostanziali"¹⁰⁷, al contenuto costituzionale essenziale come prodotto tipico e irripetibile, e quindi immodificabile, del potere costituente. Quando la modifica non costituisca un semplice ritocco, ma sia tale da incidere sulla forma di stato, la revisione della formula di revisione non è solo un "puzzle", un sottile problema di logica giuridica, ricostruibile in termini di autoreferenzialità e di rapporti tra le fonti, ma è un problema di politica costituzionale: esso viene a coincidere con quello della modifica del nucleo intangibile della costituzione, il cui cambiamento determinerebbe, anche se operato secondo le forme legali, un vero e proprio esercizio di potere costituente, pertanto sempre illegale e in grado di imporsi solo attraverso il principio di effettività.

La "emancipazione dai Padri" costituenti e la connessa difficoltà di utilizzare la formula di revisione che di essi costituisce l'eredità al fine di adeguare le regole della costituzione scritta alla mutata realtà politico-costituzionale¹⁰⁸, nonché le difficoltà, di ordine pratico e teorico, di modificare tale formula, possono comportare, ad un tempo, sia l'obsolescenza del testo della costituzione, il cui carattere prescrittivo si attenua a causa del succedersi di comportamenti difformi e, in definitiva, una perdita di effettività; sia una caduta della presunzione assoluta di legittimità della costituzione, che perde il suo carattere di "complesso organico di fini espressivi dell'unità tra le forze politiche dominanti", nel momento in cui quelle forze non esistono più¹⁰⁹.

Questi due aspetti sono particolarmente vivi nello stato democratico pluralista, in cui l'unità non è data, ma deve essere creata e ricreata¹¹⁰, dove davvero la costituzione formale, come luogo di composizione dei conflitti intorno a valori comuni, è chiamata a una funzione di integrazione delle diverse

¹⁰⁶ Così Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., 101, citando (è il testo riportato tra virgolette) Mortati, *Concetto, limiti, procedimento*, cit., 15.

¹⁰⁷ Per riprendere una bipartizione dei limiti alla revisione costituzionale tradizionale nella dottrina italiana: v. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti alla revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, vol. II, Milano, 1987, 1183 ss. Includono il limite alla revisione costituito dalla norma sulla revisione tra quelli formali, ad esempio, Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale*, 152; De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, cit., 274 ss.

¹⁰⁸ O, volendo utilizzare il lessico della dottrina della costituzione materiale, si potrebbe dire: "al fine di evitare una divaricazione tra costituzione formale e costituzione materiale...". Sulla nozione di "adeguamenti" quali "modifiche costituzionali (grandi o piccole) che tengono dietro a trasformazioni materiali (la costituzione formale che si adegua a quella materiale)", Zagrebelsky, *Adeguamenti e cambiamenti della costituzione*, cit., 933.

¹⁰⁹ In questo senso Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 79.

¹¹⁰ Così Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 47 ss.

componenti della società pluralista. Diverso è il caso delle costituzioni ottocentesche, in quanto la risposta al loro fallimento, a seguito dei mutati rapporti politico-sociali nel passaggio dal dualismo dei poteri (monarca-borghesia) al monismo poteva essere agevolmente trovata nella legge, espressione di una unità “precostituita”.

Ecco allora riemergere prepotentemente, di fronte al volgere dei tempi e all'allontanarsi del momento costituente, l'esigenza di andare oltre il testo della costituzione, di superare il formalismo¹¹¹. La visione della costituzione in senso formale, frutto di un potere costituente che si esaurisce *uno actu* (la “costituzione dei moderni”, insomma), non è più sufficiente a spiegarne la legittimità¹¹².

Se non si riesce a modificare la costituzione per le vie legali, ma si vuole comunque che viva¹¹³, essa deve essere ricreata continuamente con il concorso di molteplici volontà che la ridefiniscono storicamente nella sua portata storico-concreta. Soltanto come patto che si ricrea al di fuori delle modifiche formali, la costituzione può continuare ad essere valida in quanto riconosciuta tale, in quanto esista intorno ad essa un consenso, una “consuetudine di riconoscimento”¹¹⁴.

Si potrebbe sostenere, riprendendo l'impostazione di Konrad Hesse, che la forza e l'efficacia della costituzione si basano sì sulla sua rispondenza alle forze spontanee e alle tendenze vitali della propria epoca, sulla sua capacità di sviluppare e coordinare obiettivamente queste forze, di rappresentare l'insieme materiale delle concrete relazioni sociali, ma non esclusivamente, nel senso che la stessa costituzione giuridica può convertirsi in una forza attiva quando esista, nella coscienza collettiva, ma in particolare nei responsabili della vita costituzionale, una “volontà di costituzione” (*Wille zur Verfassung*)¹¹⁵. Allora la

¹¹¹ Esigenza, peraltro, che per alcuni autori non viene mai meno, a partire dai grandi teorici della controrivoluzione (De Maistre, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques* (1809), trad. it. *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche*, Milano, 1975, 40, secondo il quale “ciò che vi è di più essenziale, di più intrinsecamente costituzionale e di veramente fondamentale non è mai scritto”), passando per Lassalle, (*Über Verfassungswesen* (1862), trad. fr. *Qu'est-ce qu'une constitution?*, a cura di L. Janover, Arles, 1999, 34, per cui la costituzione è data “dal rapporto reale, effettivo, in un paese, delle forze sociali”), per arrivare a Zagrebelsky, per il quale “ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto”, *Il diritto mite*, cit., 3.

¹¹² “La legittimità della costituzione – è stato detto – dipende allora non dalla legittimità di chi l'ha fatta e ha parlato per mezzo di essa, ma dalla capacità di dare risposte adeguate al nostro tempo”: Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 79.

¹¹³ L'alternativa, naturalmente, è l'abbandono della costituzione formale, la sua riduzione al semplice “foglio di carta” di cui parlava Lassalle, *Qu'est-ce qu'une constitution?*, cit., 40 ss.

¹¹⁴ Su questi profili, Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther, *Il futuro della costituzione*, cit., 264 ss., richiamando MacCormick. In particolare, Dogliani afferma che “la riarticolazione del sistema politico attraverso il dissolvimento dei partiti “costituenti” non è sintomo, di per sé, del venir meno dell'effettività fondativa della costituzione”.

¹¹⁵ Così Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung* (1959), trad. sp. in Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1992, 65 ss.

costituzione come frutto delle forze costituenti si oggettivizza e, grazie al lavoro continuo di quella che è stata definita la "comunità degli interpreti"¹¹⁶, può continuare a vivere pur nella divaricazione tra costituzione scritta e costituzione vivente¹¹⁷.

¹¹⁶ Secondo l'espressione di Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht* (1974), in *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1996, 93 ss.

¹¹⁷ Secondo Hesse, anzi, una condizione essenziale di efficacia della costituzione è che essa muti il meno possibile attraverso la revisione formale, poiché le modifiche ripetute potrebbero minare la fiducia nella inviolabilità della costituzione e l'indebolimento della sua forza normativa: Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, cit., 69.

EL EJERCICIO INCOMPLETO DEL PODER CONSTITUYENTE Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

Pablo Luis Manilli¹

I. INTRODUCCIÓN:

Si bien la expresión “Bloque de Constitucionalidad” tiene su origen en el derecho francés, la misma ha adquirido relevancia y renombre en latinoamérica a través del derecho español. Pero el bloque español sólo se asemeja al francés en el título. Es decir se trata de dos realidades normativas totalmente distintas, y la doctrina española, encabezada en este punto por Rubio Llorente, lo reconoce expresamente: “*de la literatura jurídica francesa se ha tomado solo una expresión que es aquí aplicada a una realidad toto coelo diferente*”². En efecto, el bloque de constitucionalidad se integra, en Francia, con el texto constitucional actual más: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946; todas ellas son normas de jerarquía superior al resto que sirven de parámetro para el control de constitucionalidad³. En el caso español la existencia de un ‘bloque’ tiene una causa histórica claramente identificable: la Asamblea Constituyente sancionó la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) que actualmente rige al Reino de España, no incluyó en el texto constitucional lo atinente a las autonomías regionales. Debido a la falta de acuerdo entre las distintas fuerzas políticas representadas en la asamblea, se pospuso el debate sobre el grado de autonomía de las distintas comunidades que conviven en España (País Vasco, Cataluña, Andalucía, etc.) y sobre el reparto de competencias entre los gobiernos de las mismas y el gobierno central. Podría decirse que el poder constituyente español no agotó su misión con la sanción de la constitución de 1978, sino que delegó en otros órganos la culminación de la tarea, en lo referido a las autonomías.

Este fenómeno ha llevado a parte de la doctrina española a hablar de una “*desconstitucionalización del estado*”⁴ por haber eludido la inclusión, en la constitución formal o escrita, de las normas referidas a la delimitación

¹ El autor es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina. El presente trabajo se realiza en el marco de su tesis doctoral en dicha Universidad.

² Rubio Llorente, Francisco “El Bloque de Constitucionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, n° 27, Setiembre - Diciembre de 1989, pág.9 y ss especialmente pág. 19.

³ Conf. Favoreu Louis y Philip Loic *Les Grandes Decisions du Conseil Constitutionnel*, París Dalloz, 1995 (8ª Edición) pags. 244 y ss., esp. 249.

⁴ Cruz Villalón, P. “La Estructura del Estado o la Curiosidad del Jurista Persa” en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 4, 1982, pág. 54. Según nuestra interpretación del punto de vista de este autor, el concepto de bloque de constitucionalidad podría identificarse con lo que en nuestro país denominamos “constitución material” por oposición a la “constitución formal” o escrita, pero esa conclusión no se compadece con lo que el Tribunal Constitucional español –como veremos mas abajo- describe como bloque de constitucionalidad.

competencial ya mencionada. Partiendo de ese análisis, el maestro Rubio Llorente⁵ afirma que la expresión *bloque de constitucionalidad* ha servido, en España, para superar esa tensión entre materia y forma⁶, pero separada de su significado originario, es decir el que le daban en Francia y que analizamos en el capítulo anterior.

II. ¿CUÁLES SON LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL BLOQUE?

Sin perjuicio del análisis que en el punto siguiente realizamos de la evolución jurisprudencial que sufrió el bloque y su contenido, enumeraremos sintéticamente el tipo de normas que lo integran:

a) *Las Normas Contenidas en la Constitución:*

Llamadas por Rubio Llorente "*normas primarias*", son las contenidas en el Título VIII de la Constitución y se refieren a la "*Organización Territorial del Estado*". Cada capítulo del mismo se refiere, respectivamente, a los *Principios Generales*, a la *Administración Local*, a las *Comunidades Autónomas*. Son dignas de mención las siguientes normas:

El art. 148 que enumera las competencias que "*podrán asumir*" las comunidades autónomas (en adelante CA), entre las cuales menciona: su autogobierno, su régimen municipal y urbano, obras públicas, ferrocarriles, caminos, puertos, aeropuertos, agricultura, ganadería, pesca, forestación, medio ambiente, hidráulica, artesanía, museos, bibliotecas, monumentos, cultura, deportes, turismo, asistencia social, etc. El art. 149, por su parte, traza el límite a las competencias que las CA decidan asumir, al establecer en qué ámbitos tendrá competencia exclusiva el estado nacional, a saber: las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales, nacionalidad inmigración y extranjería, relaciones internacionales, defensa, justicia, leyes civiles, comerciales, penales, laborales y de seguridad social (en todos los casos, sin perjuicio de su ejecución por las comunidades), propiedad intelectual, aduanas, moneda, pesas y medidas, hacienda, abanderamiento de buques, ferrocarriles, medio ambiente (legislación de base), obras públicas, prensa, radio y televisión (el régimen básico, sin perjuicio del desarrollo y ejecución por las comunidades), seguridad pública (sin perjuicio de la facultad de las comunidades de crear policías locales),

⁵ El referido constitucionalista ocupa en España, con relación al bloque de constitucionalidad, un lugar similar al del maestro Favoreu en Francia; incluso podría decirse que es uno de los padres de la expresión en su país, ya que integraba el Tribunal Constitucional (en adelante TC) al momento en que este utilizó por primera vez la frase. Además, ha sido ser quien mayor desarrollo doctrinario le ha dado al tema, con posterioridad a su introducción por el TC.

⁶ Op. Cit. Pág. 25.

títulos profesionales, referéndum, etc. Esta norma se completa con un principio de clausura, en el párrafo tercero, en los siguientes términos⁷:

“Las materias no atribuidas expresamente al estado por esta constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía, corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas“.

b) *Algunas Normas Contenidas en los Estatutos de Autonomía:*

Se incluyen en el bloque sólo aquellas normas contenidas en los estatutos de autonomía que se refieren a la delimitación competencial entre la comunidades y el estado central. Rubio Llorente las llama *‘normas constitucionales secundarias’* porque tienen un rango superior a las leyes comunes y a las orgánicas y porque son indisponibles para el legislador ordinario que no puede modificarlas⁸. En este sentido, las CA españolas ejercen su poder constituyente, y con ese ejercicio, completan el poder constituyente central ya que al delimitar sus competencias (cosa que no termina de hacer la constitución nacional) delimitan también el ámbito de acción de las autoridades centrales. De este modo, esa parte de los estatutos de autonomía ingresan al bloque de constitucionalidad, y sirven de límite al legislador central, que no podrá sancionar leyes que contradigan a los estatutos de autonomía⁹. Claro está que esa facultad de las CA no es absoluta, sino que tiene límites, ya que los estatutos que sancionan deben ser aprobados por las Cortes Generales como ley orgánica (es decir, con una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Congreso) conforme los artículos 81.1 y 147.3 de la CE, y por otra parte, no pueden avanzar por encima de lo que la constitución nacional en los artículos 148 y 149 estableció de antemano.

⁷ A primera vista, las normas transcriptas no se diferencian en mucho del Título Segundo de la Constitución Argentina, dedicado al régimen de las provincias, especialmente los arts. 125, 126 y 121 respectivamente. No obstante, según veremos a continuación, el sistema argentino ha sido en la práctica mucho más claro en cuanto a la línea divisoria entre las competencias de la nación y de las provincias.

⁸ Op Cit pág. 25.

⁹ Como sagazmente apunta Rubio Llorente, este fenómeno no ocurre en los estados federales, ya que en estos, es la constitución federal la que delimita las competencias y por lo tanto es el único límite a las autonomías estatales o provinciales. Conf. Op. Cit. Pág. 26.

c) *Normas de Rango Subconstitucional:*

Dentro de estas cabe diferenciar varios subtipos:

c1) *Normas que la Constitución Expresamente Autoriza a las CA a dictar.* Se refieren a la delimitación competencial y constituyen una delegación del poder constituyente al legislador ordinario, que éste debe cumplir a través del dictado de las leyes pertinentes. Se trata de los artículos: 149.1.29 (referido a seguridad pública y creación de policías locales), 152.1 (que fija las bases de la organización de los tres poderes en las comunidades autónomas), 157.3 (referido al ejercicio de competencias financieras y al dictado de normas para resolver los conflictos de ese tipo que pudieren surgir). Según Muñoz Machado¹⁰ la legislación básica dictada por las comunidades en el marco del art. 149.1 forma parte del bloque, según García de Enterría¹¹, no lo hace.

c2) *Normas cuyo Dictado la Constitución Permite que sea Delegado por los Organos Estatales a las Comunidades Autónomas:* A diferencia del caso anterior, la delegación no viene hecha por la propia CE, sino que ésta autoriza al legislador estatal a delegar determinadas funciones en las CA. Se trata del art. 150 CE, que permite al legislador ordinario el dictado de leyes marco de delegación de competencia (párrafo 1), o bien la transferencia lisa y llana de la misma (párrafo 2), sin perjuicio de la facultad del legislador estatal de dictar normas de armonización de los regímenes estatal y autonómico.

c3) *Normas que Ingresan al Bloque por Remisión de los Estatutos de Autonomía:* Se trata de una cantidad muy limitada de normas, por ejemplo el Estatuto Jurídico de Radiotelevisión Española, al que se remiten los Estatutos de Cataluña¹², Galicia¹³ y Andalucía¹⁴

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Analizaremos en este punto el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional español (en adelante TC) al tema bajo análisis¹⁵. En cada uno de los casos nos referiremos sólo a la parte de los mismos que se relaciona con nuestro objeto de estudio.

¹⁰ Muñoz Machado Santiago en *Derecho Publico de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, Madrid 1982, Civitas, pág. 356.

¹¹ García de Enterría, Eduardo en *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Madrid 1985, Civitas, pág. 318 y 323.

¹² Art. 16.1

¹³ Art. 43.1

¹⁴ Art. 16.1

¹⁵ Creemos imprescindible analizar caso por caso el uso hecho por el TC de la expresión bloque de constitucionalidad, debido a que las divergencias doctrinarias en cuanto a su interpretación, son enormes, tal como iremos detallando en cada caso. Con ello, nos vemos obligados a ir a la fuente para elaborar nuestra propia interpretación, sin guiarnos por algún autor en particular.

a) *Sentencia 10/82*¹⁶: Fue justamente una de las normas mencionadas al final del punto anterior la que motivó la primera utilización, por parte del TC, de la expresión Bloque de Constitucionalidad. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ¹⁷ debió analizar el recurso de inconstitucionalidad presentado por el gobierno español contra una ley de la Generalidad de Cataluña que regulaba el Consejo Asesor de la Radio y Televisión Española en esa comunidad. Dicho pedido se fundaba en el art. 149.1.27 y 149.3 CE, que atribuyen al estado competencia exclusiva sobre las *normas básicas* del régimen de prensa, radio y televisión *sin perjuicio* de las facultades que para su desarrollo y ejecución corresponden a las comunidades autónomas. Asimismo, el Estatuto de Cataluña en el ya mencionado art. 16.1 establece que dentro del marco de normas básicas que establezca el estado, el régimen de radio y televisión será regulado por ley de la Generalidad de Cataluña. El estado español alegaba que en el dictado de dicha ley se habían rebasado los límites de la competencia de la comunidad, porque se otorgaba al Consejo Asesor facultades que superaban las que por su función le correspondían a Cataluña.

Se trataba por lo tanto de juzgar la constitucionalidad de una norma local, que debía ajustarse –a la vez– a la constitución nacional, al estatuto de autonomía, y al Estatuto Jurídico de Radiotelevisión Española (ley n° 4/1980) para lo cual era preciso fijar el alcance de la remisión que hace el estatuto de Cataluña y su relación con los artículos de la constitución ya referidos. Encuadrado el caso en esos términos, el tribunal en el fundamento jurídico n° 2 de la sentencia¹⁸ desliza al pasar y sin aclaración la expresión bajo estudio, en estos términos:

“Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el ‘bloque de constitucionalidad’¹⁹ que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada, hay que partir del hecho de que la constitución se remite con carácter general a los estatutos para que estos determinen las competencias autonómicas”

Es decir, en la primera utilización del término por el TC, éste lo asimiló a ‘la normativa aplicable al caso’ es decir, todas aquellas normas que servían de parámetro de la constitucionalidad de la ley autonómica llevada a su juzgamiento. A nuestro juicio, se trata, por lo tanto, de una utilización adjetiva del término, hecha simplemente para calificar un determinado grupo de normas, pero sin que de la aplicación del mismo surjan consecuencias jurídicas relevantes y sin que ello implique la creación de una categoría jurídica distinta. En otras palabras, se la uso para describir y no para prescribir ni para calificar.

¹⁶ De fecha 23-3-1982, publicada en el *Boletín Oficial Español* (en adelante BOE) n° 25 del 21-4-82.

¹⁷ Integrado por entonces por Manuel García Pelayo, Jerónimo Arozamena Sierra, Francisco Rubio Llorente, Manuel Diez de Velazco, Luis Diez Picazo, Francisco Tomas y Valiente, Antonio Truyol y Serra, Gloria Begue Cantón, Rafael Gómez Ferrer, y Angel Escudero del Corral.

¹⁸ Las sentencias del TC se dividen en I: Antecedentes, II Fundamentos Jurídicos, III. Fallo.

¹⁹ Entre comillas en el original.

b) *Sentencia 26/82*.²⁰ El problema de fondo en este caso era bastante similar al del fallo anterior, por cuanto se trataba de decretos emitidos por la Generalidad de Cataluña, fundados en la ley analizada en el primero, y que otorgaron concesiones para instalación y funcionamiento de emisoras de radio de frecuencia modulada. En el fundamento jurídico 2, el TC volvió a utilizar la expresión '*bloque de constitucionalidad*', del mismo modo que en el caso anterior, es decir, como descriptivo del conjunto normativo "*que ha de servir de base para enjuiciar la titularidad de las competencias*" en cabeza de la generalidad, integrado por el art. 149.1.27 de la CE y el art. 16.1 del Estatuto de Cataluña.

Nótese que, ya en la segunda utilización de la expresión por el TC, surgen conflictos con la primera en cuanto a cuales son las normas que integran el bloque. En efecto, en la sentencia anterior el bloque estaba compuesto por la CE, el estatuto de autonomía y la ley de desarrollo (la n^o 4/1980 ya citada), pero en este fallo sólo las dos primeras se consideran incluidas.

Sólo cabe resaltar un pequeño detalle, y es que en esta ocasión la frase no fue puesta entre comillas por el TC, lo que podría llevarnos a pensar que – apenas dos meses después de su primera utilización- el tribunal ya la dio como por sabida o asumida por la comunidad jurídica española.

c) *Sentencia 39-82*.²¹ Este caso presenta la particularidad que el abogado del estado español planteó la incompetencia del país vasco para el dictado de un decreto con fundamento en la constitución nacional "y" en el estatuto de autonomía de ese país (en adelante EAPV). En ese sentido impugnó la constitucionalidad del decreto n^o 108/81, con fundamento en los artículos 149.1.7 de la CE y 12.2 y 20.4 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. La representación de dicho país, a su vez, ejerció su defensa invocando otras normas del mismo Estatuto (artículos 25.1, 10.25 y 10.30) y el vencimiento del plazo para que el estado impugne las normas en cuestión. Es decir que, aparentemente, la idea de la existencia de un conjunto de normas de distinta fuente y distinto origen, pero que deben ser analizadas conjuntamente a los efectos de decidir sobre la competencia o no de un órgano para dictar una norma (verbigracia: la constitucionalidad de esa norma) ya había sido asumida por los representantes del estado nacional y de la comunidad autónoma. Por lo tanto, la idea de la existencia de un bloque de constitucionalidad (aunque no surge del fallo que las partes hayan utilizado esta denominación) ya es un presupuesto en el planteo del caso.

El Tribunal por su parte, encontró que ese decreto se fundaba en una ley dictada por el gobierno vasco (ley n^o 108/81, art. 15.3) por lo tanto se abocó en primer lugar a analizar la constitucionalidad de esa ley. Al hacerlo, también avanza –al igual que lo había hecho el peticionante- en el delineado del bloque ya que sostuvo "*Si.. resultara que el art.. 15.3 es contrario a las previsiones*

²⁰ De fecha 24-5-1982, publicada en el BOE n^o 137 del 9-6-82.

²¹ De fecha 30-6-82 publicada en el BOE n^o 169 del 16-7-82.

constitucionales **complementadas por las normas estatutarias definidoras de competencias**, es este precepto... el viciado de incompetencia”²². Y más abajo abunda: “La indisponibilidad de las competencias y la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias a los preceptos constitucionales y de los que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias, consecuencia de la prevalencia del aludido bloque constitucional, son razones que desautorizan cualquier alegato asentado sobre la idea de aquiescencia por no haberse planteado en tiempo el conflicto o el recurso, con sujeción al juego de los plazos previstos...”²³ Todo el fallo, por lo demás, gira en torno del análisis de la normativa dictada por el país vasco, juzgando su constitucionalidad bajo el tamiz de las normas de la CE y del EAPV.

Del análisis de los párrafos transcritos surge pues, que las normas de la CE y del EAPV, se toman como “complementarias”²⁴ y como comprendidas en el mismo “marco constitucional”, es decir, una delegación del poder constituyente central en favor de las comunidades autónomas. Asimismo, queda dicho que las normas comprendidas en ese marco e integrantes del bloque, gozan de prevalencia sobre la legislación común.

d) *Sentencia n° 38/1983*²⁵: En este caso la petición fue interpuesta por cincuenta y cinco diputados nacionales, que plantearon la inconstitucionalidad de un proyecto de ley orgánica²⁶ por el cual se modificaba el régimen electoral que regulaba las elecciones locales (municipales). El planteo se fundó, entre otros argumentos, en que la CE establece expresamente la competencia de las Cortes Generales para el régimen electoral general (art. 81.1), pero guarda silencio en cuanto al régimen electoral local, con lo cual debe colegirse –según los accionantes– que las elecciones locales se hallan comprendidas en lo que

²² Considerando Jurídico n° 2, el destacado nos pertenece.

²³ Considerando Jurídico n° 3, el destacado nos pertenece. El párrafo responde a la defensa opuesta por el país vasco, quien sostenía que los plazos para que el estado nacional tache de inconstitucional la norma ya habían transcurrido).

²⁴ Creemos que el término complementariedad es usado en este caso en el mismo sentido con que se lo utiliza en el art. 75 inciso 22 de la constitución argentina, al referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Es decir: tal como sostuvimos en otra parte de este trabajo, dicha complementariedad no implica que sean accesorios sino que “completan” a la constitución.

²⁵ De fecha 16 de Mayo de 1983, publicada en el BOE n° 120 del 20 de Mayo de 1983.

²⁶ La acción ejercida es un mecanismo especial, regulado por los artículos. 81 de la CE y 28.2 y 79.3.b de la LOTC, por el cual una cierta cantidad de diputados puede impugnar de inconstitucional un proyecto de ley antes que sea sancionado en forma definitiva. Lógicamente ello es muy diferente a nuestra tradición jurídica y a la de los países que –como el nuestro– han adoptado el sistema –inspirado en el norteamericano– del control de constitucionalidad a posteriori, difuso y aplicado a un caso concreto.

la CE llama “régimen local” y regula en los artículos 149.1.18, 148.1.2 así como lo regulan varios Estatutos de Autonomía.

En esta sentencia, encontramos una novedad: el Tribunal se refiere por primera vez al art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) como la norma que motiva la existencia del bloque: *“...cabe considerar que el alcance y contenido del “régimen electoral general” según expresión del art.. 81.1 de la CE viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad, formado de acuerdo con el art.. 28 de la LOTC por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía”*.

El art. 28 LOTC establece:

“Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley disposición o acto con fuerza de ley del estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerara además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas...”

Es decir que, según esta sentencia, la formación del bloque no está dada en la propia constitución sino en esa remisión a las fuentes que realiza una norma de rango meramente legal. Este es un elemento nuevo que se incorpora al delineado del bloque, ausente en las anteriores oportunidades en que el tribunal utilizó la expresión. La remisión a la LOTC ha sido duramente criticada por Rubio Llorente (quien, no obstante aun integraba el tribunal al momento de dictarse este fallo) sosteniendo que dicha norma es *“... por decir lo menos, perfectamente superflua y que en todo caso ni incluye todas las normas infraconstitucionales que según el propio Tribunal se han de tomar en consideración para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sometidas a su conocimiento...”*. Ello se debe, según su opinión, a que *“sólo si la Constitución exige que formal o materialmente se acomode una norma de rango legal a lo dispuesto por otra, podrá y deberá el Tribunal Constitucional tomar esta última en consideración para resolver sobre la validez de la primera”*.

Chofre Sirvent, en una línea similar, sostiene que si bien era necesario ampliar el parámetro de la constitucionalidad mas allá de la propia norma fundamental (en virtud de que esta no previó en forma definitiva la distribución competencial entre el estado y las comunidades), la inclusión de las leyes orgánicas en el bloque de constitucionalidad *“supuso en principio, de violación de la letra y el espíritu del artículo 81 de la Constitución”*²⁷. El autor sostiene la inconstitucionalidad del art. 28 LOTC con fundamento en que el art. 81 de la CE *“no ha querido a las leyes orgánicas ‘encima’ –jerárquicamente superiores...- de las leyes ordinarias sino ‘al lado’, o en espacio reservado distinto del de*

²⁷ Chofre Sirvent, Jose F., en *Significado y Función de las Leyes Orgánicas*, Madrid 1994, Ed. Tecnos, pág. 284 y ss.

éstas”²⁸. Es decir que el art. 28 LOTC introduce una diferenciación jerárquica entre las leyes orgánicas y las ordinarias, que no surge de la constitución, la cual utiliza el principio de competencia para diferenciar unas de otras, y no el de jerarquía. Al introducir esa distinción, tergiversa todo el sistema de control de constitucionalidad, ya que otorga al juez constitucional la atribución de controlar la legalidad (y no la constitucionalidad) de una norma. En efecto: una ley ordinaria que contradice una ley orgánica, según este artículo, sería materia de control por el TC, pero nótese que no se trata de una norma inconstitucional, sino de una norma legal que contradice a otra norma legal; por lo tanto “es la ley orgánica y no la Constitución la que determina la ‘medida’ de las demás leyes ordinarias”²⁹, y esto no se corresponde con el art. 81 CE.

Pero no todos los publicistas españoles coinciden sobre este punto, y han surgido grandes divergencias en la interpretación del referido art. 28 LOTC y del alcance del bloque. Algunos, tal vez la mayoría, reducen el bloque al conjunto de normas delimitadoras de las competencias³⁰, como por ejemplo García de Enterría³¹ y Muñoz Machado³² mientras que otros lo extienden a todas las normas cuya infracción genera la inconstitucionalidad de una ley, como por ejemplo Ignacio de Otto³³. El maestro Rubio Llorente³⁴ parece ubicarse en una postura intermedia, por cuanto critica a los primeros fundándose en que el régimen jurídico de las normas que el Tribunal puede tomar en cuenta para declarar la inconstitucionalidad de otras es diverso para cada una de ellas y porque la transgresión de las mismas no genera en cada caso el mismo vicio (en algunos el problema es de incompetencia del órgano del que emanan y en otros el problema radica en la forma adoptada para dictar la norma, verbigracia, ley ordinaria en lugar de ley orgánica). Pero, por otra parte, se muestra reacio a extender el bloque tanto como lo hace De Otto, ya que en ninguna de sus obras o trabajos sobre el tema menciona –como integrantes del bloque- otras normas que no sean las que dividen competencias, e incluso critica la postura asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia n° 99/87 (que analizaremos más abajo) de incluir en el bloque a los Reglamentos Parlamentarios³⁵.

e) *Sentencia n° 66/1985*³⁶: En este caso, cincuenta y cuatro diputados impugnan la constitucionalidad de un proyecto de ley orgánica aprobado por

²⁸ Idem pág. 287.

²⁹ Idem pág. 292

³⁰ Conf. Rubio Llorente, op. cit. pág. 13.

³¹ García de Enterría, Eduardo en ob. cit., pág. 300.

³² Muñoz Machado Santiago en ob. cit., pág. 346.

³³ De Otto, Ignacio, en *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona 1987. Ariel, pág. 94.

³⁴ Rubio, op. cit. pág. 21.

³⁵ Rubio Llorente, op. cit., pág. 134 nota al pie n° 15.

³⁶ De fecha 23 de Mayo de 1985. publicada en el BOE n° 134 del 5 de Junio de 1985.

ambas cámaras tendiente a reformar la LOTC. Por primera vez en la jurisdicción constitucional, la parte actora invoca expresamente el bloque de constitucionalidad en apoyo de su pretensión, en estos términos:

“La aprobación por el Poder Legislativo de la proposición de ley impugnada (implica) una supresión del recurso previo de inconstitucionalidad que contraría el llamado ‘bloque de constitucionalidad’ (art.. 28 LOTC). De este modo una mayoría política ocasional ha venido a contrariar lo dispuesto en el art.. 1 de la (LOTC)... quebrantando el acuerdo constitucional y propiciando una reforma encubierta de la constitución...”³⁷

Este argumento motivó, a su vez, el primer esbozo de definición por parte del tribunal, el cual –seguramente por lo politizado de la cuestión- se ocupó de analizar minuciosa y detalladamente cada uno de los argumentos utilizados por los actores. En primer termino puntualizó que los recurrentes basaban su planteo de arbitrariedad de la norma en que la misma tendía a suprimir otra que se había incorporado al bloque e constitucionalidad y que por lo tanto solo podía ser afectada por medidas que resultaran adecuadas a la constitución, y tras esa aclaración, sostuvo que el referido bloque es:

“una noción compleja... que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición...”³⁸

Con esta afirmación, el TC comenzó a delimitar con mayor precisión, si bien no el contenido, las *cualidades* del bloque, ya que se negó a considerar al mismo como un todo homogéneo, sino que aceptó que dentro del mismo conviven distintas normas, cada una de las cuales puede ser reformada o suprimida independientemente de las otras y con la sujeción al mecanismo de reforma que rige a cada una de ellas (es decir: la ley orgánica puede ser reformada por otra ley orgánica, mientras que la constitución solo podrá serlo por el mecanismo que ella misma establece). En otras palabras, y para asimilarlo a un concepto que usamos en Argentina, el tribunal se negó a darle a las normas que integran el bloque la misma rigidez que a la constitución misma, o sea que el ingreso de normas subconstitucionales al bloque no las rigidiza, ya que las mismas mantienen su régimen de modificación originario³⁹

Por otra parte, el tribunal se negó a reconocerle al bloque el carácter de categoría normativa (o de ‘*contenido normativo*’ según su léxico) sino que lo

³⁷ Antecedentes, n° 2, apartado 1a, pág. 61.

³⁸ Fundamento jurídico 2, pág. 71.

³⁹ Esto es diametralmente opuesto a lo que ocurre en el caso argentino, en el cual –según sostuvimos mas arriba- el constituyente previó que las normas internacionales que ingresan al bloque posean una mayor rigidez, mediante el mecanismo exigido para la denuncia de los tratados (art. 75 inciso 22 párrafo segundo, in fine).

conceptúa de modo simplemente *instrumental* o finalista, es decir: forman parte del bloque aquellas normas que sirven para determinado fin.

Como adelanto de la conclusión que elaboraremos al final del capítulo, digamos que puede deducirse de este fallo: a) El ingreso de una norma al bloque no la rigidiza. b) El bloque no es una categoría normativa, sino un agrupamiento de normas según su finalidad; y esto en realidad motiva que el uso la expresión “bloque” para referirse a un conjunto de normas heterogéneas no sea, a nuestro criterio, del todo ajustada.

f) *Sentencia n° 29/1986*⁴⁰: La particularidad de esta sentencia radica en que el tribunal incurre en una suerte de contradicción con sus fallos anteriores, ya que en ésta no menciona a la legislación básica, es decir la dictada en consecuencia del art. 149.1 CE como integrante del bloque de la constitucionalidad⁴¹. Al referirse al tema sostiene:

“Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el art. 147.2.d de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las competencias asumidas, dentro del marco establecido en la constitución y los Estatutos, en los que éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquella”

Apreciamos también que por primera vez el Tribunal habla de jerarquía cuanto trata el tema del bloque. Y lo hace para distinguir jerarquías entre la CE y los Estatutos, en coincidencia con la ya señalada postura de Rubio Llorente de llamar a los estatutos “normas constitucionales secundarias”⁴².

g) *Sentencia n° 137/1986*⁴³: El TC debió analizar un recurso de inconstitucionalidad planteado por el estado contra una ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ley n° 15/83), por entender que la misma vulneraba la distribución de competencias que en materia de educación contienen la constitución nacional (art. 27), el estatuto de autonomía y la ley orgánica del estatuto de los centros escolares. En realidad, lo que se pretendía a través de esa ley era crear una escuela pública vasca, paralelamente a la escuela pública española, por lo cual el caso traía como telón de fondo un tema muy político y muy espinoso.

El rasgo más saliente de la sentencia del tribunal es la referencia al art. 28 LOTC como creador del bloque y la explícita inclusión, en el bloque, de la legislación básica, en estos términos:

⁴⁰ De fecha 20 de Febrero de 1986, publicada en el BOE n° 69 del 21 de Marzo de 1986.

⁴¹ Esta sagaz apreciación la tomamos de Rubio Llorente Francisco, en la obra escrita en coautoría con Favoreu Louis, titulada *El Bloque de la Constitucionalidad* Madrid, 1991, Civitas, Cuadernos de la Universidad de Sevilla, pág. 100.

⁴² Encontramos aquí otra divergencia grave respecto del bloque de constitucionalidad argentino. el cual según nuestra interpretación no contiene normas de distinta jerarquía (ver supra, capítulo.....).

⁴³ De fecha 6 de Noviembre de 1986, publicada en el BOE n° 276 del 6 de Noviembre de 1986.

“Dado que el recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto establecer la conformidad con la Constitución de una determinada legalidad (...) cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste no solo con la Constitución sino con el llamado bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con lo que dispone el art. 28.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal al hablar de leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, es claro que el tribunal habrá de considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia...”⁴⁴
“La acomodación de las previsiones autonómicas a las así dispuestas en la Ley Orgánica no expresará en definitiva sino la necesaria uniformidad básica del régimen de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento (art. 149.1.1)...”⁴⁵

h) *Sentencia n° 99/1987*⁴⁶: Cincuenta y cuatro diputados interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la ley 30/84 referida a la reforma de la función pública estatal. Dicho pedido, basado en el art. 33 de la LOTC⁴⁷, se fundó en el hecho que al tramitar esa ley ante el parlamento se violaron normas reglamentarias de las cámaras y los artículos 87.1, 89 y 90 CE, ya que se incluyeron normas nuevas utilizando para ello la vía de las enmiendas. Puesto a analizar el planteo, el tribunal sostuvo que

“aunque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos Parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso que tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador, como sobre todo por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE) la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las cámaras»⁴⁸

⁴⁴ Considerando Jurídico 4, pág. 258.

⁴⁵ Idem pág. 259. El art. 149.1.1 CE reza “El Estado tiene la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

⁴⁶ De fecha 11 de Junio de 1987, publicada en el BOE n° 152 del 26 de Junio de 1987.

⁴⁷ Art. 33 LOTC: “El recurso de inconstitucionalidad se formulara dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado, mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso de sus comisionados, concretar la ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido”.

⁴⁸ Fundamento Jurídico N° 1, pág. 407/8.

Encontramos pues que se ha incluido –sin apoyo en normas positivas– una nueva categoría de normas que deben ser tenidas en cuenta como parámetro de la constitucionalidad. Los reglamentos de las asambleas parlamentarias, que en Francia eran –como vimos– muy dudosos integrantes del bloque ⁴⁹, parecen ingresar –después de este fallo– al bloque español. No obstante, esta fue una decisión aislada al respecto y no hubo nuevos precedentes que avalaran la postura sostenida por el tribunal en esta sentencia. Si ésta fuera una línea jurisprudencial arraigada y establecida, se presentaría un tema interesante de analizar, ya que implicaría que el bloque de constitucionalidad no tiene como único objetivo la delimitación de competencias estado - comunidades autónomas, sino que también sirve para juzgar la inconstitucionalidad de otras leyes que nada tienen que ver con ese punto. Si así fuera, se asemejaría más al caso francés o al argentino, y a la vez se daría la razón a los autores ya citados que –en algunos casos con base en este mismo fallo– adoptaban un concepto amplio del bloque.

No creemos, empero, que deba darse tal alcance a esta sentencia, en primer lugar porque, literalmente el tribunal no se animó a decir que tales normas formaban parte del bloque, y en segundo lugar porque se trata de un caso aislado, cuya doctrina no fue continuada. Creemos que los reglamentos de las asambleas parlamentarias son interpretados por el TC como formando parte de la constitución material, concepto más impreciso y esfumado que el de ‘bloque’, y con menos apoyatura positiva pero que representa todo aquello que aun sin estar en la constitución, es de materia constitucional, y por lo tanto tiene que ser respetado por los poderes constituidos del estado. Ese es el alcance que, a nuestro juicio, cabe asignarle a la decisión bajo análisis.

IV. APLICACIÓN JUDICIAL DEL BLOQUE:

Dedicaremos algunos renglones, agrupados en este ítem, a señalar algunas particularidades que se derivan de la aplicación por los tribunales de justicia españoles, de las normas que regulan la delimitación de competencias entre el estado y las CA⁵⁰. Para ello debemos referirnos muy brevemente al sistema español de control de constitucionalidad.

En un sistema de control de constitucionalidad concentrado, como es el español, el juzgamiento de la constitucionalidad de las normas solamente puede ser hecho por el TC en aquellos casos en que la CE y la LOTC lo autorizan. El

⁴⁹ Louis Favoreu, en *El Bloque...* cit. pág. 34, sostiene que no lo integran, aun cuando durante un tiempo se pensó que sí lo hacían. Véase el desarrollo que de ello hicimos en el capítulo anterior de este trabajo.

⁵⁰ A primera vista parecerá que dichas particularidades no se relacionan directamente con el objeto que perseguimos en este capítulo, por cuanto, para mostrarlas debemos ingresar en el tema del control de constitucionalidad en el sistema español, pero creemos que es imposible dejar de lado el funcionamiento pragmático y cotidiano del bloque ante los jueces españoles.

juez ordinario, de cualquier fuero que sea, debe abstenerse de todo juicio de constitucionalidad, y en caso de plantearse algún problema de confrontación entre una norma y la CE, debe limitarse a llevarlo al TC para que este lo decida. Dicho procedimiento se denomina “cuestión de inconstitucionalidad”⁵¹.

Pero a pesar de esa concentración en cabeza del TC, las leyes y demás normas autonómicas inferiores al Estatuto de Autonomía, pueden ser inaplicadas por el juez ordinario (del mismo modo como proceden los jueces en aquéllos países que tienen control de constitucionalidad difuso) en virtud de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE (ver supra) por haber invadido el ámbito reservado a la ley estatal⁵². Con ello, de alguna manera, el juez ordinario invade –y lo hace válidamente- la órbita de acción del juez constitucional, ya que se transforma en órgano de aplicación del bloque de constitucionalidad, aún cuando lo que está haciendo no es juzgar la constitucionalidad de la ley autonómica, sino simplemente aplicar la norma constitucional que manda dar preferencia a la norma estatal por sobre la autonómica. A primera vista ello constituye una cuña de control de constitucionalidad difuso en un sistema de control concentrado.

V. LA PROYECCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD AL DERECHO COMUNITARIO:

Otro punto a tener en cuenta, antes de concluir el capítulo es la relación del bloque de constitucionalidad con el derecho comunitario europeo. El ingreso de España a las Comunidades Europeas en 1986 y la posterior adopción por éstas del tratado de Maastricht en 1992 y del de Amsterdam en 1997, trajeron nuevos problemas con relación al bloque de constitucionalidad. En efecto, la necesaria atribución de competencias a los órganos comunitarios generó problemas internos en España entre el estado y las CA. El punto de partida del tema es el art. 93 CE que reza:

*“Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de **competencias derivadas de la Constitución**. Corresponde a las Cortes Generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”*

Se trata de una norma que data de 1978, cuando España todavía no había ingresado a las Comunidades Europeas, por lo cual, obviamente, no prevé todos los problemas posibles. Tanto es así que no cubre el tema de que los jueces nacionales de los países miembros de la Unión Europea son a la vez

⁵¹ Regulado en los artículos 35 a 37 de la LOTC.

⁵² Rubio Lorente denomina a este supuesto “control de estatalidad”, conf. op. cit. pág. 33.

jueces nacionales y jueces comunitarios⁵³, con lo cual la referencia al “gobierno” contenida en esta norma debió ser interpretada en forma extensiva al poder judicial para que los jueces puedan ejercer las competencias que les confiere directamente el derecho comunitario, pero que a estar a su literalidad, no da pie para ello.

Pues bien, una parte de esas *competencias derivadas de la Constitución*, cuya delegación a las CE es necesaria, le corresponden a las CA, pero para la Unión Europea, es indiferente que las mismas sean del estado central (o sea del art. 149 CE) o de las CA (art. 148 CE); ya que es el propio derecho comunitario europeo el que fija el quantum de las competencias a delegar⁵⁴. Al mismo tiempo, algunos proyectos de estatutos de autonomía⁵⁵, habían previsto cláusulas por las cuales no podían afectarse competencias autonómicas por medio de tratados internacionales, con lo cual el tema se complicaba aún más.

El problema llegó a la jurisdicción constitucional en 1988⁵⁶ en un caso motivado por la actitud de la Comunidad de Cataluña, que se consideraba competente para adoptar las medidas necesarias para la *ejecución* de los tratados internacionales. Según sus autoridades, el art. 93 CE puede implicar *“la pérdida de competencias del estado o de las comunidades autónomas a favor de los organismos europeos, pero no la alteración del sistema interno de distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas”*. Con apoyo en ese argumento, la CA se consideraba competente para ejecutar las directivas comunitarias referidas a materia veterinaria, ya que si el estado central lo hacía, estaría invadiendo competencias autonómicas. El estado español fundó su respuesta en que la directiva comunitaria establecía expresamente que eran las *“autoridades centrales”* de los estados miembros las encargadas de hacerlo. El TC, por su parte, decidió que si bien el estado central es el único responsable y el único interlocutor ante las comunidades europeas, el cumplimiento de las obligaciones que éstas imponen puede *“ser satisfecho a través de fórmulas y expedientes diversos, y no sólo... mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado... Son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia”*⁵⁷. Y

⁵³ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída en *«El Juez Frente el Derecho Comunitario»* publicado en E.D. 148:825; y también en *«Derecho Comunitario y Derecho Constitucional»* publicado en la obra colectiva *«Integración Regional»* de Bazán, Víctor y otros, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994. En el mismo sentido, Bidart Campos Germán en “Los Tratados de Integración. Derecho Comunitario Versus Derecho Interno. Primacía o no de la Constitución” Separata de la *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 1995, pág. 11.

⁵⁴ Conf. Sánchez Rodríguez, Luis I. En *“El Artículo 93 CE y el Bloque de la Constitucionalidad: Algunos Problemas”* en la obra colectiva dedicada a Eduardo García de Enterría, pág. 219, en especial pág. 227.

⁵⁵ Por ejemplo el del país vasco, art. 20.3

⁵⁶ Sentencia n° 252/1988, de fecha 20-12-88, publicada en el BOE n° 11 de 13-1-89.

⁵⁷ Fundamento Jurídico 2°.

dentro de esas *'reglas internas'* el TC aplicó, junto con la CE, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 27.3) que atribuía competencia a esa Comunidad para la ejecución del tratado. Cabe acotar que anteriormente a este fallo ⁵⁸, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había sostenido en 1971 que el problema de saber de qué forma se ejecutan las obligaciones comunitarias a través de los órganos internos del estado, es una cuestión que corresponde únicamente al sistema constitucional de cada Estado⁵⁹.

Con estas decisiones del Tribunal de Justicia Europeo y del TC, quedan íntimamente emparentados el art. 93 y el Título VIII, en otras palabras, el orden comunitario europeo con el bloque de constitucionalidad español: el primero fijando la medida de la delegación, y el segundo determinando quien va a ser, internamente, el órgano competente para el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones derivadas del tratado.

VI. CONCLUSIONES

a) Como adelantáramos en la introducción, la doctrina y la jurisprudencia españolas tomaron la expresión bloque de constitucionalidad del derecho francés porque la misma les era útil como común denominador para referirse a las normas que están dentro y fuera de la constitución pero que sirven por igual para el reparto competencial entre el estado central y las CA. En palabras de Rubio Llorente:

*“La heterogeneidad de las normas que lo integran impide incluirlas en el concepto de constitución, que, como concepto jurídico formal sólo en parte las engloba, pero su común naturaleza materialmente constitucional hace imposible regatearles, al menos, el adjetivo..”*⁶⁰

*“El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la constitución del estado español”*⁶¹.

Y en este último sentido –formalista si se quiere- podemos afirmar que se asemeja enormemente al bloque francés, al panameño y al argentino, al menos en el sentido mínimo de tratarse de normas de distinto tipo (es decir, no sólo las de la constitución formal) y de distinta fuente, pero que comparten con la constitución el papel de parámetro de la constitucionalidad de otras normas.

b) Resulta muy interesante el régimen español en cuanto las comunidades autónomas participan del dictado de la constitución nacional a posteriori de la sanción de ésta, por la vía de limitar los poderes centrales al delimitar sus propias competencias. De algún modo se produce una confusión o superposición de lo que en la doctrina constitucional argentina ha sido

⁵⁸ Según nos recuerda Sánchez Rodríguez, Luis I., op. cit. pág. 231.

⁵⁹ CJCE Recueil, vol. XVIII, pág. 115.

⁶⁰ Rubio Lorente F. op. cit. Pág. 25.

⁶¹ Rubio Lorente, F. op cit. Pág. 24.

denominado “poder constituyente primario” (nacional) y “poder constituyente secundario” (provincial) el cual –al igual que el español- debe ejercerse según las pautas y condicionamientos de la constitución federal⁶² . Pero el tratamiento a fondo de este tema excede el marco de este trabajo.

c) No está definido con exactitud, cuál es el contenido del bloque. Es decir, la lista de normas que lo integran no parece estar cerrada, ni tener contornos claros, sino que las distintas normas ingresan -o salen- del bloque según la función o la finalidad que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma.

d) Nada hay en el bloque de constitucionalidad español referido a derechos humanos ni –como la doctrina española los denomina- derechos fundamentales, como sí ocurre en el caso argentino, en el francés y en el panameño. El bloque de constitucionalidad español se refiere sólo al reparto de competencias entre estado central y comunidades autónomas.

e) Por último, señalaremos que la inclusión de los reglamentos de asambleas parlamentarias se asemeja al bloque francés y sería interesante analizar si en la Argentina dichos reglamentos forman parte –o no- de la constitución material, pero ello –nuevamente- escapa a nuestro campo de investigación.

⁶² Conforme, por ejemplo, Sagués, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires 1997 (2ª Edición) Ed. Astrea, pág. 110.



LOS INTERPRETES DE LA CONSTITUCION'

Alfredo Quispe Correa

I

Los magistrados del Tribunal Constitucional han organizado un ciclo de conferencias bajo la denominación de "Perspectivas de la Justicia Constitucional a Finales del Siglo XX", evento al que he sido invitado a participar con el tema "Los intérpretes de la Constitución", deferencia que me obliga a un agradecimiento público.

Es importante la evaluación que se propone en los umbrales del nuevo siglo. La Constitución ha sido mirada, muchas veces, como un instrumento susceptible de resolver todos los problemas de la convivencia humana. Y no es así. El hombre, la coyuntura, la revolución de las ideas, el cambio de sentimientos, hacen de la carta un instrumento frágil. Corresponde al intérprete vivificar la norma, adaptarla, actualizarla, darle el sentido necesario que facilite la convivencia armoniosa entre los hombres.

De allí que resulte importante hablar de los intérpretes constitucionales, así, en plural, a pesar de las críticas de los espontáneos, porque no hay un titular exclusivo. Sin embargo, se advierte que no se va a tratar de los métodos de interpretación que, siendo un tema importante, corresponde analizarlo en otro momento, en otra circunstancia. El objeto de la presente intervención es determinar quiénes y cuántos pueden ser los intérpretes de la constitución.

II

Pasaremos revista, en primer término, a dos autores, uno extranjero y, otro, nacional. PETER HABERLE publicó una obra que originó controversias encendidas desde su aparición: *Los Retos Actuales del Estado Constitucional*, cuyo título original era "Una Contribución para la Interpretación Pluralista y Procesal de la Constitución", que dejaba entreversus verdaderos propósitos.

He aquí algunas de sus ideas básicas: "De la sociedad cerrada de los intérpretes a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta"; "no hay numerus clausus de los intérpretes constitucionales", "... se trata de una democratización de la interpretación constitucional", "... quien vive la norma (co) interpreta también".

Evidentemente, es un planteamiento audaz. Las sorpresas están justificadas, por lo que es prudente aclarar su pensamiento. Para Haberle el concepto de interpretación al que apela escapa de los métodos conocidos, porque no se trata de una actitud consciente, sino de una forma de vivir la

Conferencia dictada en el Tribunal Constitucional, el 29 de octubre de 1993.

constitución. El pueblo, cada uno de los actores de una sociedad, preinterpreta la norma fundamental porque, en última instancia, "... la responsabilidad corresponde a la justicia Constitucional". De este modo se establece y mantiene la armonía en la sociedad, entre gobernantes y gobernados, porque no hay, no debe haber, dos o más maneras de vivir la constitución.

La objeción que se hace es que si hay una pluralidad de intérpretes habría, también, una pluralidad de interpretaciones con lo cual el *mare mágnum* existente impediría lograr el objetivo buscado; esto es, la convivencia armónica. Aunque este problema se resuelve con el intérprete final, referido hace un momento. Es verdad, también, que la integración se facilita en un país cuando todos sus actores viven de un mismo modo su constitución y no hay vivencias distintas y contradictorias.

Bien, y, ¿a quiénes sugiere Haberle como posibles intérpretes constitucionales?. Hagamos una relación en base a los que detentan cargos públicos y dejemos de lado al abogado que redacta una acción de Habeas Data o Habeas Corpus y que tiene una apreciación de la carta, o al editorial de un diario importante que hace conocer su opinión sobre el modo de aplicar o entender un dispositivo de la ley fundamental.

Veamos lo que nos dice Haberle. Pueden interpretar, y, de hecho, interpretan la constitución: El Tribunal Constitucional Federal, (equivalente a nuestro Tribunal Constitucional); el Poder Ejecutivo, "... especialmente en la pre – formulación de los intereses públicos"; el Poder Judicial; el Poder Legislativo, con las peculiaridades propias de la interpretación constitucional por el legislador (y con ello la gran relevancia del derecho parlamentario)".

A propósito de la referencia al Congreso, recordemos una frase del doctor Corso Masías, miembro del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando se trató el caso de la Ley N° 23903. Sostuvo que "... *la interpretación de las normas constitucionales corresponde hacerlo al Parlamento*". Dejamos constancia de la coincidencia, aunque pensamos que el Dr. Corso Masías diferenciaba entre una interpretación de carácter general, de otra referida a un caso concreto, vinculante sólo a las partes. Aún, así, tengo serias dudas sobre el alcance interpretativo del Tribunal Constitucional.

Habíamos señalado a dos autores. Nos hemos referido a uno, al alemán Haberle. Veamos ahora lo que dice Domingo García Belaúnde, uno de los valores nacionales en el ámbito del derecho constitucional. En un ensayo publicado en *Pensamiento Constitucional*, órgano de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en agosto de mil novecientos noventa y cuatro y, bajo el título "La interpretación constitucional como problema", señala que "... la época del único intérprete de la Constitución (y de la ley) ya tramontó definitivamente". Afirmación que de algún modo lo coloca en la línea de Haberle.

¿Cuáles son los intérpretes que tiene la Constitución?, a su criterio, los siguientes: el Poder Legislativo, (Intérprete tradicional), el Poder Judicial, (con los consabidos alcances interpartes), el Jurado Nacional de Elecciones, (Tribunal

electoral autónomo) que, en más de una oportunidad ha interpretado la Constitución; y, el Tribunal de Garantías Constitucionales, (a cargo del control abstracto). La referencia es a la Constitución de 1979 pero mantiene sus alcances en cuanto a la carta de mil novecientos noventa y tres.

Preocupado, el Dr. García Belaúnde, como los críticos del pensamiento de Haberle, por la existencia de diversos intérpretes de la Constitución, se pregunta ¿qué hacer con las interpretaciones contradictorias, que eventualmente pueden darse; o, dicho de otra manera, ¿qué hacer cuando exista colisión entre dos tipos de interpretación? Propone como solución la existencia de un órgano final o de clausura. En Estados Unidos cumple este rol la Corte Suprema Federal. En Italia y en España ese rol lo asume el Tribunal Constitucional. Hasta aquí el pensamiento del Dr. García Belaúnde. Trataremos, ahora, de dar algunos ejemplos que verifiquen las partes sustantivas de ambas posiciones, que comparto casi en su totalidad.

III

Comencemos por el Parlamento. La Ley 26657 ha interpretado el artículo 112 de la Constitución vigente en el sentido que el cómputo de los períodos presidenciales no tiene efecto retroactivo. Esta norma ha originado diversos comentarios y, entre los últimos y más persistentes, que el Congreso de la República no tiene facultad para interpretar una norma constitucional, rol que corresponde a la Asamblea Constituyente. Ese es el punto que interesa en este comentario.

Quienes sostienen esta tesis incurrir en olvidos. Uno: que el Congreso es un "poder constituido con atribuciones constituyentes"; es decir, puede reformar la Constitución y, como lo sabe el hombre común, quien puede lo más puede lo menos. Si el Congreso puede reformar la Constitución, es obvio que puede interpretar uno de sus artículos. Dos: que el Congreso tiene atribuciones para dar leyes y resoluciones legislativas, así como para *interpretar*, modificar o derogar las existentes.

Se sabe que no se puede distinguir donde la ley no distingue. Si dice, la carta, que el Congreso puede interpretar la ley, esa afirmación comprende tanto a la ley común como a la ley constitucional. Sostener lo contrario implicaría tener que volver a citar el Congreso Constituyente Democrático, con todos los gastos e inconvenientes que el hecho significa, para que interprete un artículo constitucional. O convocar a nuevas elecciones, para formar otra asamblea constituyente que se reuniría con el mismo fin. Propuesta apresurada, poco práctica, que constituiría un precedente singular para disipar dudas constitucionales que pudieran presentarse en el futuro.

Sin embargo el procedimiento seguido con la Ley 26657 tiene antecedentes que no niegan sino confirman esas atribuciones legislativas. Describiremos dos que, por coincidencia, se gestaron bajo el gobierno del arquitecto Belaúnde Terry: la Ley 17044 autorizó al Poder Ejecutivo a dictar

medidas extraordinarias para el equilibrio fiscal, en junio de mil novecientos sesenta y ocho. ¿Permitía la Constitución de 1933 la delegación de facultades legislativas?

No. Pero no se crea que esa ley fue anticonstitucional. El Congreso *interpretó* el inciso 23) del artículo 123) de la carta del treinta y tres, que señalaba que el Congreso podía ejercer las demás atribuciones esenciales de la potestad legislativa, en el sentido que parte de esa atribución esencial consistía en delegar facultades aunque en la forma de una “*autorización*”. La necesidad creada por la crisis y la solución inteligente que se dio permitieron sancionar más tarde y, mantener hasta hoy, la institución de la delegación de facultades legislativas.

Otro ejemplo es el aso de los votos nulos y blancos. La Ley 23903, en su artículo 6) precisó que, para los efectos del artículo 203 (carta de 1979), *entendía* por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultasen nulos y blancos. No vamos a detenernos en el trasfondo político de esa decisión legal, ni en la contradicción flagrante de considerar válido lo nulo. Digamos, simplemente, que, según el Diccionario de la Real Academia, *entender es sinónimo de comprender, conocer la intención, inferir*.

Otras citas bastarían para tranquilizar el escenario en que se discuten las atribuciones del Congreso, pero hay dos puntos adicionales: quienes sostienen que el interpretar la norma constitucional encierra el riesgo de una reforma por vía indirecta dándole, al texto original, un sentido distinto, omiten señalar que el mismo peligro puede presentarse con la reforma de la carta, cuando el resultado legislativo se aparta de su espíritu. Aceptamos esas preocupaciones importantes de la doctrina, pero aceptemos también que no tienen nada que ver con las atribuciones del Congreso como “poder constituido con atribuciones constituyentes”.

Entre paréntesis, es oportuno señalar un punto de vista singular. Es del doctor Víctor García Toma, en su libro “La Ley en el Perú”, páginas 25 – 26, quien sostiene que mediante el procedimiento especial de aprobación, previsto en el artículo 206 de la Constitución, *interpretan*, modifican, sustituyen, *derogan o abrogan* una norma constitucional. Punto de vista que no compartimos, porque ¿el procedimiento de reforma se debe usar para interpretar un dispositivo constitucional?. ¿Se presume que toda interpretación implica necesariamente una reforma?. Y, además, por cuanto los vocablos “abrogar” y “derogar”, se pueden usar como sinónimos. Muchos diccionarios jurídicos dicen que sí y es, en ese sentido, que preferimos usarlos, a fin que el vocabulario jurídico sea cada vez más sencillo y de más fácil comprensión para cualquier ciudadano.

Otras leyes pueden servir de testimonio : la número 23628 que fija desde qué día computa el plazo el Jurado Nacional de Elecciones y el que los vicepresidentes no están incurso en la prohibición del inciso 1) del artículo 204 de la carta 1979; la Ley 25012, que aclara el plazo de entrada en vigencia de la ley de regionalización; la ley 26502, precisa el plazo del artículo 158 de la carta de 1993; y, la ley 26641 que interpreta en *vía auténtica* que el principio de no ser juzgado en ausencia no comprende a los contumaces.

IV

Creemos haber probado que el Congreso tiene atribuciones como poder constituido con atribuciones constituyentes, para interpretar un dispositivo constitucional. Hay quienes piensan que no y sostienen que sólo lo puede hacer la asamblea constituyente que redactó la carta o, en todo caso habría que seguir el procedimiento previsto para la reforma constitucional, para interpretarla.

Sigamos con el tema y apelemos al sentido común: si cada vez que surgiera una duda sobre el sentido de un dispositivo de la carta, se convocara a los constituyentes que redactaron la constitución para que asuman esa tarea, viviríamos en tensión permanente disponiendo recursos que pueden ser más útiles en otras necesidades.

Según este punto de vista, para que una "interpretación sea auténtica", tienen que ser encargada a los propios autores. ¿O se puede elegir otra constituyente? No se podría, porque para esta corriente dicha interpretación no sería auténtica.

Hay que reconocer que fue error denominar la ley N° 26657 como "interpretación auténtica". La adjetivación la ha convertido en un fetiche que origina polémicas insustanciales, porque el problema de fondo sigue siendo el siguiente : ¿puede el Congreso interpretar un artículo constitucional?. La respuesta es ¡sí!, y se ha probado con ejemplos. Pero si hace falta doctrina, hay que recordar algunas.

Peter Haberle dice que pueda interpretarla el *legislador* de las revisiones constitucionales y, a veces, el *legislador ordinario*. Se puede leer a Christopher Wolfe y analizar los debates de Hamilton con Madison en los años iniciales de la constitución norteamericana. No se crea, sin embargo, que el Parlamento es el único poder susceptible de interpretar la carta : lo hace el magistrado constitucional para cumplir su función de control concentrado. (Ver "La interpretación constitucional, instrumento y límite del Juez Constitucional", de Néstor Sagües).

Y lo hace el Juez común, como única forma de ejercer el control difuso. ¿O se cree, por ventura, que para determinar la incompatibilidad de una ley con la constitución, no hay que tener certeza sobre el significado de la carta? No requiere mayor fundamento la frase del Presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos Joseph Story que avala estas líneas: "*Marshall fue el intérprete de la Constitución*".

También corresponde al Jurado Nacional de Elecciones interpretar la constitución en materia electoral, si se suscita un conflicto entre una disposición de menor jerarquía y la carta o, simplemente, en la aplicación de un dispositivo constitucional en un caso concreto. La diferencia entre todos estos intérpretes de la Constitución es que, los producidos por el Jurado Electoral y Poder Judicial, son aplicables al caso concreto, mientras que los del Tribunal Constitucional (en caso de una declaratoria de inconstitucionalidad) y los del Congreso tienen efecto general.

Cabanellas dice que *resulta discutible y negable la máxima* : “*interpreta la ley el que la hace*”. Hoy es más exacto decir “*interpreta la ley quien tenga que aplicarla*”. O sea el magistrado constitucional, el magistrado común y el legislador.

De otro lado citar el artículo que corresponde a la reforma de la carta, no es pertinente: interpretar es determinar el sentido de la norma, reformar es alterar parcial o totalmente el sentido de la ley. No hay relación entre una acción y otra, como se ha aclarado en el caso del doctor García Toma.

Finalmente, Peter Haberle, en otra obra, habla de la “interpretación pluralista y procesal” de la Constitución. Señala que no hay numeras clausus de los intérpretes constitucionales. Y reafirma que el legislativo y hasta el ejecutivo (en la formulación de los intereses público) son otros participantes en la interpretación constitucional. ¿Estas citas, que repetimos, serán suficientes?.

V

Se insiste en que el Congreso no puede interpretar ningún artículo de la Constitución y que sólo podría ser descifrada por quien la redactó; esto es, la Constituyente. Este punto de vista lleva a otra posición: la ley la interpreta quien la aplica y el Congreso es un órgano competente para descifrar los misterios constitucionales.

Que el Congreso puede, lo probamos con ejemplos en el apartado anterior, hechos que ocurrieron con tres Constituciones diferentes : la de 1933, la de 1979 y la vigente. Si las citas parecen insuficientes, apelamos a un segundo punto para reforzar esta tesis mediante fuentes doctrinarias, (como los autores eran extranjeros, hay quienes creen que no tienen vela en el entierro : Kelsen debe haber enmudecido). Vamos, pues, a volver a destacar las atribuciones interpretativas del Congreso.

Ruego, como primer paso, reflexionar sobre lo siguiente: la Constitución Norteamericana fue redactada en el siglo XVIII. Ninguno de los que participaron en su redacción viven hoy. Si quisiéramos interpretar uno de sus artículos, ¿deberíamos convocar a una sesión de espiritismo? El sentido común dice que no, que debemos apelar al Congreso o al Poder Judicial, pero si se confunde interpretación con reforma y atribución parlamentaria con el producto de ese ejercicio, se podría argüir que ese es el caso de los Estados Unidos, no el del Perú. Bien, lo mejor es ver que dicen autores nacionales reconocidos.

Enrique Bernal es en La Constitución de 1993, señala que un tema especial dentro de las *atribuciones del Congreso* es la facultad de interpretación que se extiende al nivel de las leyes de interpretación constitucional (pág. 419). También advierte que “... la jurisprudencia es tan importante como la actividad legislativa misma, porque contribuye a precisar y a interpretar el sentido de las normas constitucionales” (pág. 422).

En honor a la verdad, al doctor Bernal es le preocupa que la calificación de “auténtica” a una ley de interpretación constitucional por el Congreso, pueda

servir de excusa para que no se ejerza el control de constitucionalidad. Preocupación justificada. De otro lado, si la Ley N°26657 no se hubiese llamado de "interpretación auténtica", ¿dejaría de ser interpretación?.

Enrique Chirinos Soto, en su Constitución de 1993, lectura y comentario, (pág. 174), recuerda que. "... es propia del Congreso la función de interpretar las leyes. En primer término, *La constitución, que es la más importante de todas...*". Y recuerda, además, que la interpretación legislativa es a título universal, urbi et orbi, mientras que la judicial lo es a título particular, para el caso sometido a su jurisdicción.

Recordemos una tercera opinión que proviene de un destacado constitucionalista que todos, sin distinción, apreciamos. Se trata del Dr. Domingo García Belaúnde quien en su ensayo "La Interpretación Constitucional como problema", publicado en la revista Pensamiento Constitucional, editada por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, primera edición, 1994, alcanzara diversas precisiones.

Habla de la pluralidad de intérpretes constitucionales (en la línea de Haberle) y, dentro de esa pluralidad, *ubica al Poder Legislativo intérprete tradicional, pero no único*. Si bien esa apreciación responde a la carta del setenta y nueve, ¿en qué cambia, en relación con este tema, la carta del noventa y tres?.

En toda discusión académica se debe convencer y, desde el punto de vista metodológico, precisar, como actitud preliminar, el punto de discusión, como si fuese una incisión que se hiciese con láser. Y recordar, siempre, que la doctrina no tiene fronteras. Recomendaciones sencillas que evitan confusiones y multiplican amistades.

VI

Ahora bien debemos aclarar que toda referencia que se haga al Tribunal de Garantías Constitucionales o al Tribunal Constitucional, debe entenderse como dirigido al sistema de control de constitucionalidad, elegido por el país. No se trata de hacer comparaciones entre la institución de ayer y la actual, sino en apreciar si tiene atribución interpretativa de la constitución. Como hemos señalado hace un instante, el jurista argentino Néstor Sagües ha tratado con profundidad el tema y ha llegado incluso a sostener que el Tribunal, por más autonomía que reclame, tienen límites que derivan de la propia Constitución.

Y si bien en nuestro caso no se puede hacer una cita determinante sobre el tema, hay signos reveladores de ese ejercicio interpretativo. Citaremos el expediente 29/V/84 que contiene una acción de inconstitucionalidad contra la ley 23339, que derogó la ley de creación de las Corporaciones Departamentales de Desarrollo. Se sostenía como tesis central : que, si la Décima Disposición General y Transitoria de la Carta de mil novecientos setenta y nueve, mandaba restablecer las Juntas Departamentales de Desarrollo de acuerdo a las leyes de creación, no podía una ley ordinaria derogar las leyes

de creación sin entrar en abierta colisión con lo mandado por la Constitución.

El Tribunal declaró infundada la acción de inconstitucionalidad porque: la ley se presume constitucional; la duda sobre la inconstitucionalidad de la ley, favorece su compatibilidad constitucional: sobre todo, si se respeta la voluntad del constituyente.

Para llegar a la tercera conclusión, - *el respeto a la voluntad del constituyente* – los magistrados debieron interpretar la Constitución, apelando al método de la voluntad del legislador. Lo que no queda claro, sin embargo, dicho esto como un comentario adicional, es que si la disposición general y transitoria ordenaba restablecer las Juntas Departamentales de Desarrollo, ¿por qué camino se descubrió que el constituyente no quería que se cumpliera su mandato?.

El otro caso se refiere a la ley 23903. Si bien el Tribunal no emitió resolución, por no haber alcanzado el número de votos conformes (seis), según la ley, resulta interesante conocer parte de la argumentación de los señores Magistrados al emitir sus votos. Para el doctor Mario Peláez Bazán, la ley viola y desnaturaliza la norma constitucional, porque *su recta y verdadera interpretación*, es que sean válidos los votos que eligen.

El doctor Corso Masías “interpreta” la Constitución para decir que la totalidad de votos computables, comprende los votos a favor, en blanco y nulos.

El doctor Manuel Aguirre Roca hace un análisis exhaustivo de “los asuntos atinentes a la *interpretación* de la norma (artículo doscientos tres de la carta de 1979) y define que “... los votos nulos no son validamente emitidos”. Luis Osoreo Villacorta considera que para la proclamación de los candidatos, sólo tiene que tenerse en cuenta los votos válidos, agregando que esa *interpretación* recoge el espíritu de la Constitución.

En España el Tribunal ha sido siempre cada vez más categórico. He aquí un ejemplo: la STC 5/1981/13. feb.) advierte que el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legisladora ¡Que diferencia con la expresión del doctor Corso Masías, que hemos citado, que siendo magistrado constitucional abdica de esa facultad y la traslada al Parlamento!.

VII

Sobre el Jurado Nacional de Elecciones referiremos un caso ocurrido bajo el imperio de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve. Su artículo sesenta y cinco decía que para el ejercicio de la ciudadanía se requería estar inscrito en el Registro Electoral.

El artículo ciento setenta y dos prescribía que no pueden ser Diputados ni Senadores, sino han dejado el cargo seis meses antes de la elección, los Ministros de Estado, los magistrados en general, y los presidentes de los órganos descentralizados de gobierno.

Agregaba que tampoco podían ser elegidos los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en servicio activo (la ley 24949 modificó este

inciso del artículo 172, para referirse a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo).

Del texto citado se desprenden dos conclusiones: Una, que establece un plazo de renuncia previa, de seis meses, para que determinados funcionarios públicos puedan postular y, otra, que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional no lo pueden hacer sólo si están en actividad.

Ahora bien, un General pasó al retiro y, al día siguiente de publicada su resolución de baja solicita su inscripción ante el Jurado Nacional de Elecciones, para postular a una Senaduría. Pero dicha inscripción le fue negada por considerar que, para ejercer la ciudadanía, tenía que estar inscrito en el Registro Electoral. Esa interpretación constitucional realizada por el Jurado Nacional de Elecciones, se limitó a aplicar literalmente el texto de la carta, procedimiento lícito, después de todo, pero poco convincente.

Porque el Jurado Nacional de Elecciones pudo haber interpretado la norma constitucional de otro modo: Si el General había pasado al retiro, es decir, si no estaba en el servicio activo, si había solicitado su inscripción en el Registro Electoral y, si era este organismo el que, por negligencia, demoraba su inscripción y la entrega de la libreta electoral, procedía aceptar su postulación. Lo contrario era permitir que el ocio de un funcionario limitara el derecho de este ciudadano.

Cabía otra interpretación: si el propósito constitucional radicaba en la universalización de la participación ciudadana en los asuntos públicos, directamente o mediante sus representantes y, si era punible y nulo todo acto que limitara a un ciudadano a intervenir en la vida política de la nación, se debería declarar fundada la solicitud de inscripción del General en retiro si, por la negligencia del Registro se limitaba dicha participación, aparte de disponer el procedimiento administrativo correspondiente para sancionar al funcionario negligente. El problema es que el Registro Electoral estaba dentro de la organización del Jurado y, admitir una negligencia y establecer una sanción, era reconocer responsabilidades punibles en niveles más altos, por lo que se acudió al fácil expediente de apegarse estrictamente a la letra del texto constitucional.

La Constitución vigente, en su artículo treinta, reitera la exigencia para el ejercicio de la ciudadanía: la inscripción electoral. La Ley Orgánica Electoral, (su texto único integrado), editado en mil novecientos noventa y cinco, considera, en su artículo setenta y uno, como impedimentos para postular, el no estar inscrito en el Registro Electoral del Perú; limitación que alcanza a los candidatos a la Presidencia de la República, Vicepresidencias y Congresistas.

Aquí vemos que la redacción puede conducir, en caso un miembro de la Fuerza Armada o de la Policía decidan postular, al día siguiente de pasar al retiro, a la repetición de la decisión anterior del Jurado; esto es, que no pueda postular sino esta inscrito en el Registro Electoral. Salvo que se analice la finalidad constitucional y se libere al inocente de culpas burocráticas. Igual caso se daría si la resolución aceptando la solicitud de pase al retiro de un

militar, se demora intencionalmente, para impedirle la inscripción. Aquí, el jurado debe ser amplio en su punto de vista para hacer realidad la participación universal que la Constitución propone.

Otro punto que resulta de trascendencia, es el siguiente: la Constitución determina quiénes no pueden ser elegidos congresistas, pero guarda silencio cuando se trata de la elección de la Presidencia y las Vicepresidencias. La pregunta es: ¿puede una ley ordinaria establecer límites en la postulación para dichos cargos? Si la respuesta es afirmativa, no habría reglas electorales estables, pues cualquier gobierno con mayoría en el congreso, puede eliminar a sus adversarios mediante una ley aprobada velozmente y con vicio de nocturnidad.

En ambos casos, a mi juicio, corresponde al Jurado Nacional de Elecciones desentrañar la finalidad constitucional y hacer prevalecer sus alcances sobre la ley ordinaria.

VIII

En cuanto a la interpretación que realiza el Juez, no hay discrepancias. Si aplica la ley, tiene que determinar su contenido, alcances e inferencias, tanto en el caso de la ley común como en la hipótesis de la norma constitucional. Lo que ocurre es que la interpretación se limita a las partes y no trasciende ni obliga a otras personas.

Expondremos, a continuación un hecho de mutación constitucional, por la vía de la interpretación de la Corte Suprema, en Argentina, que expone Néstor Pedro Sagüés en su libro "Elementos de Derecho Constitucional", (Tomo II). El artículo 75, inciso 2 de la constitución Federal Argentina clasifica los impuestos en directos e indirectos, pero mientras asigna la condición de permanentes a los indirectos, le da un carácter excepcional al impuesto directo.

Resulta, sin embargo, que diversas Ejecutorias del Tribunal Supremo de ese país han interpretado dicha norma convirtiendo en habitual y constante lo que constitucionalmente tenía un carácter excepcional : el impuesto directo.

IX

Se puede llegar, luego de esta larga exposición, a concluir que existe una pluralidad de intérpretes constitucionales. No hay más el intérprete único, salvo en el caso que plantean algunos autores de buscar un árbitro que defina, entre la pluralidad de interpretaciones, una, obligatoria para todos.

Así se evitaría la torre de babel y se afinaría un idioma constitucional que permitiera a todos entendernos, sin distinción alguna, y vivir de manera más armoniosa como una prevalencia de la sensatez sobre el conflicto.

A EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS E A POLÊMICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

Pinto Ferreira

SUMÁRIO: 1. Conceito de eficácia; 2. Positividade, vigência e eficácia do direito; 3. As diversas espécies de eficácia; 4. Vigência, eficácia, exequibilidade e legitimidade do direito objetivo; 5. Direito cogente e direito dispositivo; 6. A eficácia das normas constitucionais: resumo da doutrina; 7. Classificação sintética da eficácia das normas constitucionais; 8. A eficácia das normas constitucionais; 9. A doutrina norte-americana de Cooley e a jurisprudência; 10. A lição de Rui Barbosa; 11. A moderna ciência jurídica brasileira e o problema da eficácia das normas constitucionais; 12. A crítica italiana à doutrina da eficácia das normas constitucionais; 13. Pós-crítica italiana à própria crítica italiana; 14. A força paralisante das normas constitucionais absolutas; 15. Classificação final das normas constitucionais quanto à eficácia e à inalterabilidade numérica dos senadores na Câmara Alta; 16. A polémica das leis constitucionais inconstitucionais; 17. Inconstitucionalidade das Leis. 18. A "vacatio legis" e a "vacatio constitutionis"; 19. As cláusulas pétreas.

1. CONCEITO DE EFICÁCIA

O problema da eficácia do direito tem tido grande relevo nas teorias contemporâneas. A doutrina sempre observou uma nota coercitiva da regra jurídica, mas não faz muito tempo que o conceito de eficácia foi precisado com maior requisito terminológico.

Os juristas alemães usam a palavra eficácia, a saber, Wirkung e Wirksamkeit. É comum o uso da palavra como requisito da eficácia (Wirksamkeitserforderniss), eficácia constitutiva (Entstehungswirkung, Konstitutive Wirkung), e o conceito foi inclusive amplamente empregado entre modernos tributaristas, como Blumenstein no System des Steuerrechts (Zurich, 2. Auflage, 1951, p. 292)¹.

Embora diversos doutrinadores procurem tornar equivalentes substantivos como *eficácia*, *vigência*, *positividade* etc., é importante distingui-los.

A eficácia é entendida como um atributo específico das normas jurídicas. Zanobini a define como a produção de efeitos jurídicos próprios pelas normas e atos jurídicos.

Geraldo Ataliba escreve, na obra *O decreto-lei na Constituição* (São Paulo, 1967): "Tem sido conceituada a eficácia dos atos jurídicos como a força ou poder que têm e que lhes é atribuída pela ordem jurídica para produzir os efeitos desejados (pela ordem jurídica) e que lhes são próprios; ou como a *aptidão para produzirem efeitos jurídicos*".²

A eficácia é, assim, o poder que têm as normas e os atos jurídicos para a conseqüente produção de efeitos jurídicos próprios.

¹ Ernest Blumenstein, *System des Steuerrechts*, Zurique, 2.ª edição, 1951, pág. 292.

² Geraldo Ataliba, *Decreto-lei na Constituição de 1967*, S. Paulo, 1967, pág. 21.

José Afonso da Silva, que se distingue com brilho na publicação de diversas e profundas monografias, assim se expressa no estudo *Aplicabilidade das normas constitucionais* (São Paulo, 1968): “A *eficácia jurídica* da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamento nela indicados”.³

A eficácia da norma jurídica tem como conseqüência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida, através de um comando, determinando um *agir* ou um *não-agir*, uma conduta positiva ou uma omissão, e nesse caso com uma força paralisante sobre a norma que conflita com o comando determinado.

2. POSITIVIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DO DIREITO

A doutrina geral do direito, senão, também, o direito constitucional, discute os problemas da *vigência, positividade e eficácia* do direito. Quando se fala da *existência* do direito, os juristas costumam aludir a ela com as denominações *positividade, observância, facticidade, efetividade, exequibilidade, vigência*, isto é, há uma nomenclatura diversificada.

A *doutrina egológica* do direito, de Cossio, em sua obra *Teoria da verdade jurídica* (Buenos Aires, 1954), elimina de plano a questão, apenas distinguindo entre *vigência* e *validade* do direito no que concerne à sua existência. Pretende que, em tal faixa de compreensão, as palavras *positividade, vigência, eficácia, observação, facticidade e efetividade* são expressões jurídicas sinônimas.⁴

A doutrina do sociologismo jurídico se orienta de maneira diferente, identificando vigência com eficácia. Vigente é, nesse sentido, “o direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz, o que se imiscuiu na conduta dos homens em sociedade, e não o que simplesmente se contém na letra da lei, sem ter conseguido força real suficiente para impor-se aos indivíduos e grupos sociais”. Esse sociologismo jurídico teve a mais viva expressão na obra de Lassalle, clássica nesse sentido, intitulada *Über Verfassungswesen*, para quem os *canhões* são os importantes fundamentos da Constituição, que apenas reflete os fatores reais do poder na sociedade.⁵

Já Hans Kelsen é o reputado autor de uma teoria pura do direito, que se enquadra na faixa da corrente do neopositivismo lógico. Distingue entre o mundo do ser (*Sein*) e o mundo do dever-ser (*Sollen*). Expõe a sua concepção em diferentes obras, especialmente em sua *Teoria pura do direito (Reine Rechtslehre)*, Leipzig-Wien, 1934). Nesta estabelece a nítida distinção entre vigência e eficácia, afirmando que a vigência se insere na ordem do *dever ser*, enquanto a eficácia se insere na ordem do *ser*. Diz Kelsen: “Com a palavra

³ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, S. Paulo, 1968, pág. 58.

⁴ Carlos Cossio, *Teoria de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, págs. 180 e 182.

⁵ Evaristo de Moraes Filho, *O Problema de uma sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, 1950, pág. 234.

vigência designamos a existência específica de uma norma”. Continua ele: “Dizer que uma norma vale (é vigente) significa algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão”. A eficácia, na doutrina kelseniana, pertence à ordem dos fatos, ao mundo do *Sein*: a vigência pertence à ordem do dever-ser, do *Sollen*: mas reconhece Kelsen que um mínimo de eficácia é condição da vigência da norma jurídica⁶.

Não resta dúvida de que uma construção jurídica mais apurada, em nível meio diversificado de indagação, deve distinguir entre positividade, vigência e eficácia do direito. São conceitos diferentes.

A *positividade do direito* é a realidade empírica da existência do direito. O direito positivo é aquele que realmente regula ou já regulou uma sociedade em um momento histórico determinado. Assim, o Código de Hamurabi, o direito grego, a Lei das XII Tábuas, tudo é direito positivo. O direito positivo tanto pode ser histórico (o direito romano) como atual, do mundo ocidental. Opõe-se ao direito natural, ou ao direito ideal. É o direito que rege ou regeu (direito positivo histórico) concretamente o comportamento e a conduta humana. O direito positivo não se identifica necessariamente com o direito contido e especificado nos Códigos; é o direito vivo aplicado pelos tribunais, em função, principalmente, da interpretação das leis e dos Códigos no mundo moderno. O direito positivo abrange, por conseguinte, não só o direito codificado e escrito como também o direito costumeiro e não escrito.⁷

O direito vigente é a norma ou o conjunto de normas promulgadas e publicadas regularmente, para entrar em vigor em época determinada. Esclarece José Afonso da Silva: “*Vigência do direito*, ou *direito vigente*, caracteriza o direito que rege, *aqui e agora, hic et nunc*, relações sociais; refere-se ao direito presente; designa a existência específica de uma norma, opondo-se ao *direito histórico*”.

A *eficácia do direito* é um conceito; por conseguinte, diverge da positividade e da vigência; é o poder da norma jurídica de produzir efeito, em maior ou menor grau; concerne à possibilidade de aplicação da norma, e não propriamente à sua efetividade.

3. AS DIVERSAS ESPÉCIES DE EFICÁCIA

A eficácia do direito pode ser apreciada sob diversos ângulos de observação, que permitem o melhor esclarecimento da sua realidade.

Num primeiro plano, a eficácia do direito pode ser entendida no sentido social e no sentido jurídico. A eficácia social da norma jurídica significa que a

⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig e Viena, 1934.

⁷ Haesart, “Notion du droit positif”, nos *Archives du Philosophie de Droit*, 1932. Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à ciência do Direito*, Rio, 1956, págs. 143-144.

conduta humana se efetiva realmente de acordo com a própria norma: a norma é realmente seguida e aplicada; por trás dela está um fenómeno real de poder, que exige e comanda efetivamente a sua obediência. Pode ocorrer que uma norma tenha eficácia jurídica mas não tenha eficácia social, não sendo efetivamente cumprida no mundo dos fatos, na realidade social. A eficácia jurídica designa a força que tem a norma jurídica de produzir os seus próprios efeitos na regulação da conduta humana; indica uma possibilidade da aplicação da norma, a sua exigibilidade, a sua exequibilidade, a sua executoriedade como possibilidade. O que caracteriza o direito é a coercibilidade, a possibilidade da coação; o que caracteriza a eficácia é a possibilidade da sua executoriedade.

Num segundo plano, a eficácia pode traduzir-se em diversos *graus de imperatividade*, contradistinguindo-as em normas coercitivas (*jus cogens*) e normas dispositivas (*jus dispositivum*), as primeiras impondo uma conduta independente da vontade das partes e as segundas ajudando as partes a conseguir os seus objetivos legais. A eficácia pode ser, assim, *cogente ou dispositiva*, conforme os seus graus escalonados de imperatividade.

A eficácia pode ainda ser apreciada no *plano temporal* e no *plano espacial*. Convém, assim, proceder ao *distinguo* entre a eficácia da lei no tempo e a eficácia da lei no espaço.

Examinando-se a eficácia da lei no tempo, do ponto de vista da sua ocorrência e dos seus efeitos no tempo, *in zeitlicher Hinsicht*, para usar uma expressão alemã, ou *in sede temporale*, é oportuno distinguir duas categorias distintas: a eficácia da lei dispendo para o futuro, não para o passado, ou eficácia pós-operante, e a eficácia da lei dispendo para o passado, ou retroeficácia, ou ainda eficácia com efeito retrooperante.

Como se sabe, a lei produz efeitos com a sua publicação, que a leva ao conhecimento do público, dentro de determinados prazos. Afirma o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada". No estrangeiro, a obrigatoriedade se inicia três meses depois da publicação oficial. Mas as leis novas não regulam fatos passados salvo disposição expressa. Dispõe o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". A Constituição de 1988 (art. 5º, XXXVI) prescreve com nova terminologia o seguinte: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". A irretroatividade da lei é, destarte, um princípio jurídico. A irretroatividade é a regra. Excepcionalmente se admite a retroatividade ou a retroeficácia da lei, mas como exceção, nos casos de interesse da ordem pública.

Mas é preciso advertir, ainda, o problema da eficácia espacial das leis, que Savigny estudou sob a denominação *limites da lei no espaço*, pois, embora soberanos os Estados e somente podendo dispor sobre a aplicação das suas leis em seu *território*, ou em seu *espaço territorial*, formam com outros Estados uma comunidade de interesses na comunidade internacional, havendo

necessidade de solução dos conflitos na aplicação das leis, que são objeto do chamado *direito internacional privado*. Durante a Idade Média, havia a prevalência da lei pessoal para regular as relações do estado civil, da família, obrigações e sucessões. Mais tarde, com o desenvolvimento da propriedade imobiliária, começou a dominar o princípio da territorialidade, segundo o qual o indivíduo estabelecido em certo território estaria sujeito à lei do seu domicílio (estatuto pessoal); os imóveis, às leis do lugar em que se encontram situados (estatutos reais); os atos jurídicos, às leis do lugar em que se realizam (estatutos mistos). Para os bens móveis dominava o preceito *mobilia persona sequuntur, omnibus inhaerent*. Atualmente dois princípios estão em jogo sobre a eficácia espacial das leis: a) o domínio da lei pessoal, já que a lei terá eficácia extraterritorial se tiver por objetivo principalmente a proteção das pessoas; b) o domínio da lei territorial, se a lei visar precipuamente garantir a organização social.⁸

A eficácia também pode ser afinal *positiva* ou *negativa*. A primeira, a eficácia positiva, determina uma conduta positiva ou uma omissão, um comando que se revela de forma preceptiva ou proibitiva. A eficácia negativa prescreve ao legislador um caminho a seguir sem constrangê-lo juridicamente, contudo, a seguir tal via, mas compelindo-o a não seguir caminho diverso, sendo assim paralisante das normas que com ela conflitam.

4. VIGÊNCIA, EFICÁCIA, EXEQÜIBILIDADE E LEGITIMIDADE DO DIREITO OBJETIVO

Determinados autores ainda aludem ao conceito de legitimidade, como Paulo Dourado de Gusmão, em sua *Introdução à ciência do direito* (Rio de Janeiro, 1962, p. 106-8), referindo-se à distinção entre vigência, eficácia, legitimidade e exeqüibilidade do direito objetivo. Segundo o ilustre jurista brasileiro, *vigência* da norma é o fato de ela estar em vigor. A *eficácia* decorre da eficiência (*Geltung*), do fato de ser norma observada no meio social a que se destina por seus destinatários e de ser aplicada coercitivamente pelo Poder Público quando transgredida. Conforme Kelsen, significa que a norma jurídica é “realmente aplicada e obedecida”. Escreve Paulo Dourado de Gusmão: “Assim, o direito objetivo pode ter vigência e não ter eficácia, pois pode existir e não ser observado, mas não pode ter eficácia sem ter vigência. Entretanto, a ineficácia não afeta a vigência”. A norma pode estar em vigor e não ter eficácia.⁹

Já a *exeqüibilidade* decorre da existência de certas condições de fatos sem as quais a norma jurídica, que a pressupõe, não pode ser aplicada. Assim uma norma que institui a colônia agrícola como medida de segurança, cuja exeqüibilidade depende evidentemente da existência dessa colônia.

Enfim, a *legitimidade* deve ser entendida em um sentido ampliativo e

⁸ Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, 1942, pág. 81.

⁹ Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à ciência do Direito*, Rio, 1962, págs. 106-108.

ideológico, da validade ética da norma, porém juridicamente decorre de ser o direito objetivo formulado de acordo com a lei, por órgão competente, não só de acordo com a lei em sua letra formal, mas segundo a sua substância e o seu espírito. A legitimidade também pode ser entendida diante da própria civilização, segundo princípios ideológicos, mas o que parece legítimo a uma civilização (a escravidão, por exemplo) pode parecer eticamente ilegítimo para outra.

5. DIREITO COGENTE E DIREITO DISPOSITIVO

As normas jurídicas têm um caráter imperativo, e esse caráter de imperatividade se revela de diversas maneiras. A doutrina clássica discrimina as normas jurídicas, quanto à sua eficácia, em normas cogentes e normas dispositivas. Del Vecchio examinou o problema com mestria em sua *Filosofia do direito*. No seu *imperium*, as normas jurídicas determinam uma conduta positiva ou uma omissão, um agir ou um não-agir. As normas jurídicas, quando determinam uma conduta positiva, são designadas *normas preceptivas*; quando prescrevem uma omissão, são *normas proibitivas*. Del Vecchio assinalou com procedência que qualquer comando da norma jurídica pode revelar-se ou traduzir-se sob forma preceptiva ou proibitiva.¹⁰

Evidentemente as normas constitucionais, assim como as normas jurídicas em geral, podem ser preceptivas ou proibitivas, mas em ambos os casos assinalando um comando.

O chamado *direito cogente* (*jus cogens*), normas cogentes, taxativas, abrange simultaneamente as normas preceptivas e as normas proibitivas, impondo um comando que independe da vontade das partes, comando que admite tanto uma ação como uma abstenção ou omissão.

O chamado *direito dispositivo* (*jus dispositivum*) compõe-se de normas que completam e auxiliam as partes a conseguir seus objetivos legais. Como salienta José Afonso da Silva, elas possibilitam uma acomodação particular, e só serão aplicáveis na existência de acordo entre as partes.

Segundo Del Vecchio as normas preceptivas e proibitivas são normas *primárias*, porque suficientes em si. Ele as distingue das normas *secundárias*, que dependem de outras normas, entre as quais inclui as regras *declarativas* ou *explicativas*, e às quais José Afonso da Silva agrega as normas *interpretativas* e as *permissivas* (ou *facultativas*).¹¹

¹⁰ Giorgio Del Vecchio, *Philosophie du Droit*, Paris, 1953, pág. 286.

¹¹ Sobre o assunto vide também: Vitor Nunes Leal. "Classificação das normas jurídicas", in *Problemas de Direito Público*, Rio, 1960. Hermes Lima, *Introdução à ciência do Direito*, Rio e S. Paulo, 1958, 9.^a edição, págs. 121-123. Benjamin de Oliveira Filho, *Introdução à ciência do Direito*, Rio de Janeiro, 1967, 4.^a Edição, págs. 149 s.

6. A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: RESUMO DA DOUTRINA

As normas constitucionais incluem-se no *jus cogens*, na sua essencialidade, discutindo-se amplamente quanto à existência de normas constitucionais dispositivas.

O direito jurisprudencial norte-americano discrimina, porém, as normas constitucionais em duas categorias, a saber: a) as *prescrições mandatórias* (*mandatory provisions*) como normas ou cláusulas constitucionais ditas materiais e essenciais, de cumprimento irrecusável; b) as *prescrições diretórias* (*directive provisions*), de conteúdo regulamentar, permitindo ao legislador comum dispor diferentemente.

As primeiras seriam imperativas e mandatórias, essenciais e substanciais, ou *leis constitucionais materiais*; as segundas seriam acessórias, de mera conveniência, diretórias, ou *leis constitucionais formais*.¹²

A doutrina italiana tornou redutivo o dualismo das normas mandatórias e diretórias. Autores italianos de nomeada pretendem que as Constituições têm *cláusulas preceptivas* de caráter obrigatório e impositivo, ao lado de *cláusulas diretivas*, com caráter não obrigatório, podendo estas, inclusive, ser desrespeitadas pela legislação ordinária, sem que com isso possam ser invalidadas com o vício da inconstitucionalidade. É a opinião de Azzariti, na obra *Problemas atuais de direito constitucional* (Milano, 1951, p. 98).¹³

Azzariti discrimina as normas constitucionais em *preceptivas* e *diretivas*, entendendo que as últimas não são propriamente normas jurídicas, embora existam em todas as Constituições, apenas expressando uma direção ao legislador futuro, que pode desobedecer-lhes sem violar a Constituição, ponto de vista também defendido por Pierandrei.

Não parece correta tal interpretação, pois levaria à tese da injuridicidade de determinadas normas constitucionais, quando têm elas uma eficácia diferente, ou, antes, diversos graus de eficácia, ocorrendo por conseguinte apenas um gradualismo na eficácia das normas jurídicas.

7. CLASSIFICAÇÃO SINTÉTICA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A doutrina norte-americana, especialmente com Cooley, no seu *Tratado das limitações constitucionais*, seguido no Brasil por Rui Barbosa, procedeu à distinção entre normas constitucionais *auto-executáveis* e *não auto-executáveis*.

¹² Vide a respeito Lúcio Bettencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, 1968, págs. 57-58. Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Rio e S. Paulo, 1956, 2 vol., I, pág. 392. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito positivo*, S. Paulo, 1958, pág. 48. Criticando o dualismo da jurisprudência norte-americana.

¹³ Azzariti, *Problemi attuali di Diritto Costituzionale*, Milão, 1951, pág. 98.

Cooley e os norte-americanos usam as expressões *self executing*, *self enforcing*, *self acting*, ou, à maneira inversa, as palavras *not self executing*, *not self enforcing* e *not self-acting*.

A norma constitucional é auto-executável, di-lo Cooley, quando fornece uma regra mediante a qual se pode fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; não é auto-aplicável quando apenas indica princípios sem estabelecer normas pelas quais se lhes dê vigor de leis.

Essa concepção foi revista pela doutrina italiana levando à conclusão firmada por Azzariti, Bernieri e outros, que classificaram as normas constitucionais quanto à eficácia, em *preceptivas* e *diretivas*, o que corresponde à classificação jurisprudencial norte-americana em *mandatórias* e *diretórias*. Segundo a tese de Azzariti, as normas diretivas apenas indicam um caminho, uma via ao legislador futuro, não sendo verdadeiras normas jurídicas e, por conseguinte, não possuindo eficácia; pode a lei ordinária divergir delas, e ainda assim terão validade.¹⁴ Outros discordam da tese, como Pallieri, Ugo Natoli e Franchini, sustentando a juridicidade das normas diretivas.¹⁵

A doutrina italiana, com suas teses e contrateses, conseguiu formular a seguinte classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia: a) normas *diretivas* ou *programáticas*, dirigidas principalmente ao legislador; b) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, de aplicabilidade imediata; c) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, mas sem aplicabilidade imediata.¹⁶

O problema foi revisto com mestria por José Afonso da Silva, em erudita e profunda monografia intitulada *Aplicabilidade das normas constitucionais*, onde sustenta, ao contrário de Azzariti, que todas as normas jurídicas são dotadas de *imperatividade*, mesmo as permissivas. Apenas as denominadas normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos, mas todas com juridicidade. Não há norma constitucional destituída de eficácia.

José Afonso da Silva propõe a seguinte classificação: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada (a saber, normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípios programáticos).

Outra classificação citada é a de Vezio Crisafulli, no estudo *A constituição e suas disposições de princípios* (Milano, 1952): a) normas constitucionais de eficácia plena e com imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas em normas de legislação e normas programáticas.¹⁷

¹⁴ Vide Giovanni Berniere, "Rapporto della Costituzione con la Leggi Anteriori", *Archivio Penale*, 1^a parte, 1950, novembro - dezembro, pág. 409.

¹⁵ Flaminio Franchini, "Efficacia delle Norme Costituzionale", *Archivio Penale*, 1.ª parte, maio - junho, 1950, pág. 2030. Ugo Natoli, *Limiti Costituzionali delle Autonomia Privata nel Rapporto de Laviro*, Milão, 1955, pág. 203. Ballardore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, Milão, 1955, pág. 321 - 322.

¹⁶ Vide José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, S. Paulo, 1968.

¹⁷ Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952.

Considerando, porém, que há normas constitucionais não emendáveis e com força paralisante total sobre as normas que com elas conflitam, como por exemplo a forma republicana de governo e o federalismo de equilíbrio na Constituição norte-americana de 1787, ao lado de normas emendáveis de eficácia plena, propomos a seguinte classificação: a) normas constitucionais de eficácia absoluta, não emendáveis; b) normas constitucionais de eficácia plena, constitucionalmente emendáveis; c) normas constitucionais de eficácia contida; d) normas constitucionais de eficácia limitada (como as programáticas).

8. A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais não são iguais quanto à sua eficácia; há nelas certo escalonamento ou gradualismo quanto à produção dos seus efeitos ou quanto, ainda, à sua intangibilidade e emendabilidade.

Os preceitos constitucionais têm, destarte, eficácia diversa no que concerne à produção dos seus efeitos jurídicos, senão também se encontram escalonados quanto à rigidez da sua intocabilidade.

Há, por conseguinte, mandamentos categóricos, prescritivos ou proibitivos de determinada conduta; porém, ainda há outros que apenas fixam princípios, a serem completados por leis posteriores.

Determinados mandamentos constitucionais são completos e plenos, isto é, independem de leis complementares, suplementares e orgânicas que permitam a sua aplicação imediata, enquanto outros não autorizam ensejo a essa execução imediata, devendo ser completados por leis ulteriores, que permitam apreciar o momento de sua incidência, a sua extensão e amplitude, as condições de sua operatividade e os limites alcançados.

Como exemplo desses mandamentos completos pode-se citar o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ainda como exemplo dos mandamentos incompletos tem-se o seguinte, consignado no art. 170, parágrafo único, da mesma Lei Magna: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A doutrina do gradualismo das normas constitucionais, apreciadas em um duplo aspecto, seja quanto à sua *intangibilidade*, seja quanto à sua *plenitude*, necessita, destarte, de uma formulação geral nesse seu entendimento global.

Diversos doutrinadores do estrangeiro e do País debateram o problema, dentre eles destacando-se, na Europa, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Duguit, Morgenstierne, Gastberg, Wohlgast, Erich; a doutrina americana é exaustiva, exposta com precisão na obra de Cooley ou de Marbury; a moderna doutrina italiana tem sido largamente citada, especialmente com Vezio Crisafulli e Giuseppe Chiarelli. No Brasil o assunto tem merecido elucidação constante, desde a obra de Rui Barbosa, destacando-se depois no debate do assunto outros juristas como Victor Nunes Leal, José Horácio Meireles Teixeira,

Pontes de Miranda, assim como José Afonso da Silva, Nelson de Souza Sampaio e Geraldo Ataliba.

É de lembrar que a doutrina de escalonamento da ordem jurídica foi sobretudo delineada por Merkl em seu estudo "A unidade jurídica do Estado austríaco" ("Die Rechtseinheit des Oesterreichischen Staates", *Archiv d. oeffent. Rechts*, 1917), porém popularizada por Hans Kelsen. Este último salientou que o ordenamento jurídico é um sistema de normas juridicamente subordinadas em graus sucessivos de hierarquia (*Stufenbau der Rechtsordnung*): a ordem jurídica não é um sistema de normas de igual hierarquia, porém uma ordem escalonada de diferentes camadas de normas jurídicas ("sondern ein Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen") com uma validade decrescente, como expõe em seu estudo *Der soziologische und der juristische Rechtsbegriffe, Kritische Untersuchung des Verhaeltnisses zwischen Staat und Recht* (Tuebingen, 1920), e depois na sua *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*.

9. A DOUTRINA NORTE-AMERICANA DE COOLEY E A JURISPRUDÊNCIA

A doutrina e a jurisprudência norte-americana precederam à distinção entre *self enforcing (self-executing, self-acting)* e *not self-enforcing provisions*.

A tradução dos termos foi assim feita por Rui Barbosa: *disposições ou mandamentos auto-executáveis, disposições ou mandamentos não auto-executáveis*. Pontes de Miranda prefere a designação *regras bastantes em si, regras não bastantes em si*.

Esta doutrina teve a princípio acolhida geral, e foi divulgada no País com a autoridade tanto de Rui Barbosa como de Pontes de Miranda; as normas auto-aplicáveis têm aplicação imediata para os casos que pretendem regular, enquanto as normas ou mandamentos não auto-aplicáveis dependem de uma lei que as complete (daí as chamadas leis complementares ou orgânicas).

Outra terminologia aceita é a de *normas mandatórias e diretórias*, também no direito norte-americano, correspondendo de modo geral à divisão das normas constitucionais em *preceptivas e diretivas* dos modernos doutrinadores italianos.

Thomas M. Cooley, ministro da Suprema Corte de Michigan e professor da Universidade de Michigan debate o assunto com mestria no seu clássico *Tratado das limitações constitucionais*,¹⁸ estudando as *directory and mandatory provisions* e as *self-executing provisions* no Capítulo IV de sua obra (p.109-23). Afirma Cooley em *A treatise on the constitutional limitations* (7. ed., Boston): "Pode-se afirmar que uma disposição constitucional é auto-executável quando nos fornece uma regra com a qual se pode fruir e resguardar o direito outorgado,

¹⁸ Thomas M. Cooley, *A treatise on the Constitutional Limitations which rest upon The Legislative Power of the States of the American Union*, 7.ª edição. Boston, Little, Brown, and Company, 1903, pág. 109.

ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável quando simplesmente indica princípios, sem estabelecer normas através das quais se consiga dar vigor de leis a esses princípios. É assim que, embora uma Constituição exija muito claramente a instituição de governos municipais, em condados e cidades, se lhes não indica limites, nem os provê de mecanismo adequado, não será imediatamente exeqüível nesta parte, e necessitará, para que o seja, do concurso de leis. Os direitos em tal caso ficarão dormentes até que a legislação lhes acuda, ao passo que, havendo uma regra distinta, se esta for por si mesma capaz de execução, lei será nesses limites e com ela se deve manter em harmonia toda a legislação suplementar”.¹⁹

Cooley discorre longamente a respeito da distinção entre normas mandatárias e diretórias²⁰ assim como se pronuncia em exaustivo estudo sobre o caráter das disposições auto-executáveis e não auto-executáveis.²¹

¹⁹ Thomas M. Cooley, *A Treatise on the ...* cit., pág. 121: “A constitutional provision may be said to be self-executing, if it supplies a sufficient rule by means of which the right given may be enjoyed and protected, or the duty imposed may be enforced; and it is not self-executing when it merely indicates principles, without laying down rules by means of which principles may be given the force of law. Thus, a constitution may very clearly require county and town government; but if it fails to indicate its range, and to provide proper machinery, it is not in this particular self-executing, and legislation is essential. Rights in such a case may lie dormant until statutes shall provide for them, through in so far as any distinct provision is made which by itself is capable of enforcement, it is law, and all supplementary legislation must be in harmony with it”

²⁰ Thomas M. Cooley, *A Treatise on the ...* cit., pág. 109: “Directory and Mandatory Provisions. The important question sometimes presents itself, whether we are authorized in any case, when the meaning of a clause of the Constitution is arrived at, to give it such practical construction as will leave it optional with the department or officer to which it is addressed to obey it or not as he shall see fit. In respect to statutes it has long been settled that particular provisions may be regarded as directory merely; by which is meant that they are to be considered as giving directions which ought to be followed, but not as so limiting the power in respect to which the directions are given that it cannot effectually be exercised without observing them.”

²¹ Thomas M. Cooley, *A treatise on the...* cit., pág. 119-120: “Self-executing Provisions. But although none of the provisions of a constitution are to be locked upon as immaterial or merely advisory, there are some which, from the nature of the case, are as incapable of compulsory enforcement as are directory provisions in general. The reason is that, while the purpose may be to establish rights or to impose duties, they do not in and of themselves constitute a sufficient rule by means of which such right may be protected or such duty enforced. In such cases, before the constitutional provisions can be made effectual, supplemental legislation must be had; and the provision may be its nature mandatory to the legislature to enact the needful legislation, though back of it there lies no authority to enforce the command. Sometimes the constitution in terms requires the legislature to enact laws on a particular subject; and here it is obvious that the requirement has only a moral force: the legislature ought to obey it; but the right intended to be given is only assured when the legislation is voluntarily enacted”. Mais adiante escreve Cooley: “Other provisions are completely self-executing, and manifestly contemplate no legislation whatever to give them full force and operation”.

Rui Barbosa é o autor brasileiro que melhor divulgou e popularizou a doutrina norte-americana quando ainda desconhecida no Brasil, em sua época, nos seus trabalhos *Ação cível originária*.²² *Questão Minas-Werneck*,²³ especialmente nos *Comentários à Constituição Federal brasileira* (Rio de Janeiro, 1933, v. 2, p. 474-96).²⁴

Citemos, a propósito, alguns casos, tanto da doutrina como da jurisprudência sobre a divisão em apreço, retirados da obra de Cooley, assim como de Tucker e Rui Barbosa.

Afirma George Tucker em seu *Direito Constitucional*: “Disposição executável por si mesma é a que ministra norma, ou os meios pelos quais se possa exercer e proteger o direito que ela outorga ou cumprir o dever e o encargo que ela impõe”.

No acórdão proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Davis v. Burke*, declara-se que uma disposição constitucional é executável por si mesma quando completa no que determina e lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime: “A constitutional provision, which is complete in itself, needs no further legislation tu put in force, but is self-executing (179 U.S. 393.45 L-Ed. 249. - Digest, 1587, nº 95)”.

No pleito *Fuez v. Spaunherst*, perante o Supremo Tribunal de Missouri, o *Chief Justice* Sheerwood assim se pronunciou em brilhante sentença: “Os casos em que as disposições constitucionais são executórias por si mesmas são excepcionais. De ordinário os atos de convenção devem ser suplementados pela legislação antes de se tornarem operativos” (“The cases are exceptional where constitutional provisions enforce themselves; ordinarily the labers to be supplemented by legislation before becoming operative”) (v. a propósito a *American and English encyclopedia of law*, v. 6, p. 915, not. 3.67, Missouri 265).

Tanto a doutrina como a jurisprudência norte-americanas pretendem que as normas proibitivas ou negativas em uma Constituição são auto-executáveis, segundo relembra Cooley em sua obra sobre As limitações constitucionais: “All negative or prohibitive provisions in a constitution are self-executing”.²⁵

10. A LIÇÃO DE RUI BARBOSA

Rui Barbosa foi o grande mestre brasileiro que, em sua época, intentou a vulgarização da doutrina norte-americana da eficácia das normas constitucionais, em debates posteriormente coligidos em seus *Comentários à Constituição Federal brasileira*.²⁶

²² Rui Barbosa, *Ação Cível Originária*, Rio, 1915, pág. 31-54.

²³ Rui Barbosa, *Questão Minas - Werneck*, Rio, 1914, pág.32-35.

²⁴ Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio, 1933, 6 vols., II, págs.474-496.

²⁵ Thomas M. Cooley, *As limitações constitucionais*, 7.ª edição, pág. 120, nota 5.

²⁶ Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. II, Rio, 1933.

Ele introduz a expressão auto-executável para designar o mandamento constitucional completo, que dispensa suplementação ou complemento: “Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis - se nos permitem uma expressão que traduza num só vocábulo o inglês *self-executing* - , são portanto as determinações para executar, as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se acha armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação”.

Prossegue adiante: “Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-executáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são. A Constituição não se executa a si mesma; antes requer a ação legislativa, para Lhe tornar efetivos os preceitos” (“The Constitution does not enforce itself, but requires legislative action to make its provision *effective*”) (*De Turh v. Commonwealth of Pennsylvania*, 5, RA. 854).

Daí usar freqüentemente as palavras *efetividade da disposição constitucional, aplicabilidade dos textos constitucionais, exeqüibilidade dos preceitos constitucionais*.

Por conseguinte, alguns preceitos constitucionais são exeqüíveis *proprio vigore*; outras prescrições constitucionais só são executáveis mediante leis suplementares (*Comentários à Constituição Federal brasileira*, cit., p. 492). Há assim a exeqüibilidade imediata de uma norma de lei fundamental, ou, à maneira inversa, esta norma não tem exeqüibilidade imediata. As normas da primeira espécie são normas auto-executáveis; as normas da segunda espécie são normas não auto-executáveis.

As normas auto-executáveis obrigam a operar na sua maior amplitude, mas as normas não auto-executáveis são incompletas. Estas últimas exigem *leis orgânicas, legislação complementar ou lei suplementar*, expressões usadas por Rui Barbosa nos seus *Comentários à Constituição Federal brasileira* (cit., p. 482 e 492), inspirado provavelmente em Cooley.

Procede, assim, à discriminação exata entre as disposições constitucionais imediatamente executáveis e as disposições constitucionais inexecutáveis enquanto não legislativamente reguladas.

Cita ainda Rui Barbosa uma farta e ampla jurisprudência, para comprovar que, dentre os textos constitucionais executáveis sem o concurso da *legislação aplicativa*, sobressaem os de caráter proibitório (*Comentários à Constituição Federal brasileira*, cit., p. 480-1).

É de lembrar que Rui não emprega a palavra *eficácia* hoje em moda, mas termos jurídicos correspondentes.

11. A MODERNA CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA E O PROBLEMA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A concepção popularizada por Rui Barbosa, traduzindo o pensamento da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, a princípio teve um grande

opositor, Carlos Maximiliano, nos seus *Comentários à Constituição brasileira*.²⁷

Declara Carlos Maximiliano: “Tem sido perigosa idéia fixa de notáveis homens públicos do Brasil. Assim como é raro, difícilíssima, quase impossível uma lei apenas interpretativa, meramente declaratória de outra, assim, e pela mesma razão, quem se propuser a regulamentar o disposto no Código Fundamental, de fato modificará, ampliará ou restringirá o sentido rigoroso do texto”.

A moderna literatura brasileira, contudo, discrepou da orientação de Carlos Maximiliano, que constitui uma singularidade pátria examinando o problema dentro da perspectiva que sobraçou.

O novo movimento começa com Pontes de Miranda, aludindo a regras bastantes em si ou não bastantes em si, conforme devam dispensar ou não regulamentação. As primeiras não precisam de complementação para que possam ser aplicadas; as outras necessitam da legislação complementar. Além disso Pontes de Miranda fala das *regras programáticas*: “são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar uma norma de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos” (cit., Rio de Janeiro, 1947, v. 1, p. 85).²⁸

O problema é ainda ventilado por Victor Nunes Leal, que adota a terminologia de Rui e Pontes de Miranda, aprofundando a doutrina (*RDA*, 7:381) e examinando as leis complementares na Constituição.

José Horácio Meireles Teixeira, no seu *Curso de direito constitucional* (apostilas), fala da impossibilidade de aplicar-se preceito constitucional na ausência da lei prevista expressamente no próprio texto da Constituição: “Em todos esses casos, não logram esses dispositivos vigência plena e, muitos menos, eficácia, enquanto não regulamentados”.

A terminologia aceita por Nelson de Souza Sampaio também admite a distinção das normas constitucionais em mandatórias e diretórias, ao que alude no seu livro *O processo legislativo*, com a sua autoridade de reputado constitucionalista.²⁹

Doutrinadores mais recentes são Geraldo Ataliba e José Afonso da Silva, mestres e professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Geraldo Ataliba comenta o assunto em seu livro *Lei complementar na Constituição* (São Paulo, 1971),³⁰ em expressivo capítulo de abertura da obra, debatendo a eficácia jurídica das normas constitucionais, examinando a doutrina norte-americana, as teorias modernas da Itália com Crisafulli e Chiarelli, bem como a doutrina tradicional e a recente no Brasil.

José Afonso da Silva publicou uma obra *ex professo* intitulada *Aplicabilidade das normas constitucionais*³¹ Este livro, pela pureza do raciocínio lógico e

²⁷ Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*. 2.^a edição, pág. 105.

²⁸ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, 4 vols., I, 1947 pág.85.

²⁹ Nelson de Souza Sampaio, *O processo legislativo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1969.

³⁰ Geraldo Ataliba, *Lei Complementar na Constituição*, São Paulo, 1971, págs. 5-25.

³¹ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 1968.

pelo seu senso crítico. constitui a esta altura uma monografia de consulta obrigatória sobre o tema.

A classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade feita pelo Prof. José Afonso da Silva é a seguinte (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 78): I - normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; II - normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; III - normas de eficácia limitada: a) declaratória de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratória de princípios programáticos.

Assim sendo, as *normas de eficácia plena* incidem imediatamente e dispensam legislação complementar; as *normas de eficácia contida* produzem imediatamente efeitos mas prevêem meios normativos que as integram e limitam; as *normas de eficácia limitada* dependem de lei orgânica ou complementar para a aplicação do seu princípio com eficácia ab-rogante de legislação precedente incompatível (segundo a expressão de Geraldo Ataliba, “paralisante da eficácia destas leis, sem ab-rogá-las”), entre elas se incluindo as normas programáticas.

12. A CRÍTICA ITALIANA À DOCTRINA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Na década dos 40 começou a surgir, já ao seu fim, o delineamento da construção crítica, jurisprudencial e doutrinária, na Itália, sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Diversas reuniões chamaram a atenção, especialmente a decisão do Tribunal Pleno de Roma de 19-1-1948 e a da Corte de Cassação Penal de 7-2-1948, reabrindo com novo brilho e insistência o dito problema da eficácia das normas constitucionais.

O último destes julgados concluiu como ementa que as normas constitucionais são por vezes de natureza programática, por vezes de natureza jurídica. Declarou a ementa: “Le disposizioni contenute nella costituzione come talvolta di natura programmatica, tal volta di natura giuridica”. Veja-se a propósito Ernesto Bataglini em *O art. 27 da Constituição e o art. 57, n. 1, do Código Penal*.³²

Desta ementa surgiram duas teses: a primeira retomando a distinção das normas constitucionais em *preceptivas* e *diretivas*, que se assemelha à norte-americana entre normas *mandatórias* e *diretórias*; a segunda tese foi no sentido de classificar as mesmas normas constitucionais em programáticas e jurídicas, isto é, no fundo negando juridicidade às normas programáticas.

Logo depois, Caetano Azzariti (*Problemas atuais do direito constitucional*),³³

³² Ernesto Bataglini, “L’Art. 27 della Costituzione e l’Art. 57, n. 1, del Codice Penale”, em *Giustizia Penale*, fasc. V, parte II, c. 309.

³³ Caetano Azzariti, *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*, Dott. A Giufrè-Editore, Milão, 1951, págs.98-99.

discriminando as normas constitucionais em diretivas e preceptivas, pretendeu que as da primeira espécie se limitam a assinalar uma direção ao legislador futuro, no fundo não são normas jurídicas, que podem ser desobedecidas pelo legislador sem violar a Constituição ela mesma. As leis ordinárias divergentes das tais normas constitucionais não seriam, por conseguinte, inválidas. É uma teoria que se assemelha um pouco com a de Duguit em seu *Tratado de direito constitucional* (Paris, 1921, v. 1, p. 37-8),³⁴ contradistinguindo entre *regras normativas e regras construtivas ou técnicas*.

Este ponto de vista foi contudo severamente criticado por outros mestres italianos, como Flaminio Franchini, em *Eficácia das normas constitucionais*³⁵ e Ugo Natali em *Limites constitucionais da autonomia privada nas relações do trabalho* (Milano, 1954),³⁶ e Balladore Pallieri.

Balladore Pallieri escreve em se *Direito constitucional* (Milano, 1955, p. 322)³⁷ referindo-se às normas programáticas de natureza constitucional: “Elas prescrevem uma via a seguir pela legislação ordinária; não conseguem constranger juridicamente o legislador a seguir aquela via, contudo o constroem quando menos a não tomar caminho diverso. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a tudo quanto a Constituição comanda. E, de resto, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar em seus passos”.

Na essência o pensamento de Balladore Pallieri discrepa da orientação de Azzariti, pois para o primeiro as chamadas normas diretivas produzem um efeito indireto: não constroem o legislador a seguir um caminho, mas o constroem pelo menos a não seguir um caminho diferente.

De um modo geral a doutrina e a jurisprudência italianas chegaram contudo à seguinte classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, a saber: a) normas *diretivas* ou *programáticas*, dirigidas especialmente ao legislador; b) normas *preceptivas* obrigatórias, de aplicabilidade imediata; c) normas *preceptivas* obrigatórias, mas sem aplicabilidade imediata.

As chamadas *normas diretivas* da doutrina italiana apenas indicam diretivas ao legislador futuro; são as normas programáticas, e não excluem a possibilidade de que leis sejam editadas em desacordo com elas. As *normas preceptivas de aplicabilidade imediata* da dita doutrina correspondem às normas auto-aplicáveis do direito norte-americano, modificando ou ab-rogando as leis contrárias anteriormente editadas. Enfim, *as normas preceptivas de aplicabilidade direta, mas não imediata*, invalidam novas leis que as infringjam, mas não alcançarão a eficácia das leis anteriores enquanto a sua aplicação estiver suspensa.

Sobre o assunto é oportuna a consulta à elucidativa obra de José Afonso da Silva intitulada *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

³⁴ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1921, vol. I, 2^a edição, págs. 37-38.

³⁵ Flaminio Franchini, “Efficacia delle Norme Costituzionale”, in *Archive Penale*, 1.^a parte, maio - junho, 1959, pág. 203.

³⁶ Ugo Natoli, *Limiti Costituzionale dell' Autonomia Privata nel Repport di Lavoro*, I, Milão, 1955.

13. PÓS-CRÍTICA ITALIANA À PRÓPRIA CRÍTICA ITALIANA

A doutrina italiana no fundo nega juridicidade a determinadas normas constitucionais, como os preceitos programáticos e os preceitos de legislação. É, sem dúvida, uma tese estranha, que não tem sentido lógico.

A opinião mais lógica é a de admitir a juridicidade de todas as normas constitucionais, embora lhes atribuindo eficácia e valor jurídico diferentes. É o que, de resto, já salientava um insigne jurista brasileiro, Francisco Campos, em seu *Direito constitucional* (Rio de Janeiro, 1956, v. 1, p. 393),³⁸ seguindo opinião de Cooley, Sutherland e Black.

Afirma Sutherland na *Statutory construction*:³⁹

“It would, in general sense, be a dangerous doctrine to announce that any of the provisions of the constitution may be obeyed or disregarded at the mere will or pleasure of the legislature, unless it is clear beyond all question that such was the intention of the framers of that instrument.

It would seem to be a lowering of the proper dignity of the fundamental law to say that it descends to prescribing rules of order in unessential matters which may be followed or disregarded at pleasure”.

No mesmo sentido opina Black na obra *On interpretation of laws* (P. 27-28 552).

Daí a conclusão de Francisco Campos: “São indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da Constituição, seja qual for seu conteúdo ou natureza”.

³⁷ Balladore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, Milão, 1955, 4.ª edição, pág. 322: “Queste norme della costituzione hanno dunque una efficacia assai minore delle altre e in ultima analisi dipendono dalla buona volontà del legislatore ordinario. Tuttavia producono un effetto, almeno indiretto, notevolissimo. Esse prescrivono una via da seguire alla legislazione ordinaria; non riescono giuridicamente a costringere il legislatore a seguire quella via, ma lo costringono però quando meno a non seguirne una diversa. Sarebbe anticostituzionale la legge che disponesse proprio in modo contrario a quando la costituzione comanda. E inoltre, una volta data esecuzione alla norme costituzionale, il legislatore ordinario non può ritornare sui suoi passi. È attualmente in corso la riforma agraria; la costituzione comandava all'art.44 una riforma di tale genere; assolto da parte del legislatore il suo compito e attuata la riforma è chiaro che la costituzione interviene quando meno a difenderla, e che anticostituzionale, perchè contraria all'art. 44, dovrebbe dirsi ogni legge successiva tendente ad annullare la riforma. Come si scorge, in più modi la costituzione si rivolge alla legge ordinaria, e si tenga presente che spesso una unica norme costituzionale si riferisce alla legge sotto più di uno dei vari aspetti ora considerati. Gravo problemi di interpretazione è poi quello consistente nel determinare nei singoli casi concreti a quale, tipo, fra i vari suaccennati, appartenga ogni norme costituzionale. È solo da accennare che la distinzione tra norme costituzionale precettiva (e cioè di immediata applicazione) e norme programmatica (e cioè rivolgentesi solo al legislatore) è stata intesa dalla nostra giurisprudenza in modo da far rientrare tra queste ultime la maggior parte delle norme costituzionale di cui ci stiamo occupando. È stata certo questa una delle principali cause della mancata attuazione della nostra costituzione”.

³⁸ Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Rio, 1956, vol. I, pág.393.

³⁹ Vide Sutherland, *Statutory Construction*, § 79 e Black, *On Interpretation of Laws*, págs.27-28 e 552.

As normas constitucionais apresentam, porém, uma diversidade de eficácia na unidade de seu conteúdo jurídico.

Daí, também, a própria crítica feita por estudiosos italianos, principalmente Vezio Crisafulli e Giuseppe Chiarelli, à opinião dos seus colegas que negam juridicidade a determinadas normas constitucionais, como as normas programáticas.

Vezio Crisafulli publicou o seu trabalho intitulado *Eficácia das normas constitucionais*, assim como logo depois o estudo *A Constituição e as suas disposições de princípios*.⁴⁰

Segundo Crisafulli deve-se reconhecer a eficácia normativa das normas programáticas, que são autênticas normas jurídicas, dirigidas aos órgãos do Estado, principalmente aos órgãos legislativos. Daí a sua eficácia prevalecente à frente de outras leis ordinárias. Proclama, por conseguinte, a invalidez das leis subseqüentes às normas programáticas e pretende, inclusive, admitir a dita invalidez à frente das disposições de leis preexistentes que contrariem o direito programático editado. Admite, ainda, a existência de outro tipo de preceito normativo contendo normas não-programáticas, mas sem aplicação imediata por condições técnicas.

A norma programática, ao seu sentir, estende sua eficácia não só ao legislador, mas a todos os órgãos estatais, conferindo um direito subjetivo judicialmente amparável: *paralisa a eficácia de qualquer norma jurídica contrária a seus princípios*. É o efeito negativo da eficácia. Ela se destina não só ao legislador, mas ainda ao Estado-sujeito.

Outro italiano, Giuseppe Chiarelli, autor do estudo *Elasticidade das Constituições* (Milano, 1952), contribuiu com saber para os debates em derredor do tema.⁴¹

Segundo ele o nome *norma programática* é uma fórmula convencional: as noções de norma e programa são diversas. Não devem ser fundidas em uma só categoria lógica. Explica: “De fato, a norma é regra de agir, o programa é predeterminado pelo fim”.

Por eficácia diferida, a doutrina entende aquelas normas cuja aplicabilidade prática fica condicionada à entrada em vigor de outros preceitos jurídicos.

Chega à seguinte conclusão: “Por outro lado, eficácia imediata tem todas as normas constitucionais. Ainda a norma chamada ‘programática’ é imediatamente eficaz, no sentido de que, no momento em que entra em vigor a Constituição, produz o seu efeito invalidante das leis ordinárias, eventualmente contrastante com seu conteúdo” (*Elasticidade das Constituições*, cit., p. 50).

Prossegue: “Ao contrário, uma classificação das normas constitucionais - de que resulta clara a diversidade dos seus aspectos - requer que sejam considerados logicamente dois critérios, que têm permanecido confusos na

⁴⁰ Vezio Crisafulli, “Eficácia das normas constitucionais”, na *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951, e *La costituzione e le sue Disposizione di principio*, Milão, 1952.

⁴¹ Giuseppe Chiarelli, “Elasticità della costituzionale”, nos *Studi di Diritto Costituzionale, in memoria de Luigi Rossi*, Milão, 1952.

doutrina e na jurisprudência: a) o critério a fim de se determinar se a norma é completa; b) o critério referente ao conteúdo da vontade normativa expressa nas normas. Com base no primeiro critério, as normas constitucionais podem distinguir-se em: a) normas completas, contendo inteiramente a regra jurídica, seja esta norma de comportamento ou de organização; incluem-se nesta espécie as normas que dispensam disciplina legislativa ordinária da matéria a que se referem; b) normas que requeiram integração, que, de seu turno, podem distinguir-se em normas que requeiram integração mediante norma constitucional e normas que requeiram integração mediante lei ordinária; c) normas em branco, que remetem a outras normas sem determinar-lhes seu conteúdo de qualquer forma. É claro que as normas incompletas não são direta ou indiretamente aplicáveis a relações concretas, pela impossibilidade - de natureza puramente técnica - que flui de tal caráter de não serem completas. Por outro lado, com referência ao conteúdo da vontade normativa, as normas constitucionais podem ser determinadas em: a) normas reguladoras de relações e atividades; b) normas enunciativas de princípios gerais. Pertencem a esta segunda categoria aquelas normas com que o constituinte teve a intenção de fixar princípios, para que fossem traduzidos em normas específicas, no disciplinamento normativo de determinada matéria; isto é: para que se constituam em princípios gerais de ordenação jurídica”.

14. A FORÇA PARALISANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ABSOLUTAS

As normas constitucionais, ou seja, o conjunto das normas contidas em uma *lex fundamentalis*, não são todas iguais quanto à sua eficácia. Há um escalonamento na eficácia das regras inclusas em um Código Magno, um gradualismo, que uma microdoutrina jurídica percebe em uma análise mais fecunda.

O direito constitucional tem regras com eficácia absoluta, com eficácia plena e com eficácia relativa. Não cabe confundi-las, embora todas tenham juridicidade, pois do contrário será negar o caráter jurídico ao próprio texto constitucional.

Heinrich Kipp debateu o assunto de modo geral nos seus estudos intitulados “Gesetz” e “Gesetzgebung”, publicados no *Staatslexikon* (Freiburg, 1963, v. 3, p. 861-2) distinguindo-os “nach dem Grad ihren Geltungsordnung”.⁴²

Todo o direito reflete uma estrutura escalonada, e este escalonamento é visível no campo do direito constitucional, especialmente no que concerne à intangibilidade da Constituição e da eficácia das suas normas.

⁴² Heinrich Kipp. “Gesetz”, no *Staatslexikon*, Freiburg, 8 vols., III, págs. 861-862 e “Gesetzgebung”, *ibidem*, págs. 863-864. N. Karadze-Iskrow, “Das gegenseitige Verhaeltnis der Gesetze verschiedener Stufen in der Udssr”, in *Zschr. fuer Ostrecht*, 4 (1930), 472 s.

Quer-se com isto chegar à idéia de que há normas constitucionais *intangíveis* e *absolutas*, que ocupam o mais alto grau na hierarquia e na pirâmide jurídica das leis, contra as quais nem sequer pode ocorrer o poder de emendabilidade.

As normas constitucionais absolutas têm uma força paralisante de toda a legislação fundamental ou ordinária que se lhes contraponha expressa ou implicitamente.

Existem realmente estas normas constitucionais absolutas? Têm elas uma força paralisante?

Geralmente os textos constitucionais se referem a elas, podendo citar-se, como exemplos, o art. V da Constituição Federal norte-americana de 1787, o art. 2º da Lei Constitucional francesa de 14-8-1884, repetindo no art. 95 da constituição francesa de 1946, o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã de 1919, e, no mesmo sentido, o art. 60, III, § 4º, da Constituição brasileira de 1988.

A Federação e a República não podem ser abolidas. Os textos constitucionais que ampararam no Brasil a Federação e a República são normas constitucionais absolutas, que não podem sofrer emendas. O poder de emendabilidade não se aplica à mudança do dito texto.

As normas constitucionais de eficácia absoluta são as regras insuscetíveis de emenda e por conseguinte intangíveis. Têm uma força paralisante total. Não podem ser modificadas, através do processo normal de emenda, pois não cabe contra elas o poder de emendabilidade.

Distingue-se das *normas constitucionais de eficácia plena*, que incidem imediatamente sem necessidade de legislação complementar, mas que são emendáveis.

Por exemplo: a norma do art. V da Constituição norte-americana de 1787 sobre a inalterabilidade numérica de senadores nas Câmaras Altas é de eficácia absoluta.

As normas vigentes na Constituição brasileira de 1988 prescrevendo a inalterabilidade da Federação e da República são de eficácia absoluta. Esta eficácia absoluta é positiva e negativa. Positiva porque tais normas incidem imediatamente e são *intangíveis*, isto é, *não-emendáveis*. Negativa imediata porque vedam qualquer legislação que lhes seja contrastantes, com uma força paralisante total e imediata, permanecendo intangíveis ou não-emendáveis.

Somente uma revolução, e não a própria ordem jurídica constitucional vigente, como um ato de força, pode destruir a antiga ordem jurídica e criar uma outra, mas nenhum procedimento constitucional permite a emenda das normas constitucionais absolutas.

Os princípios constitucionais devem ser respeitados e intangíveis quando enunciada no texto constitucional a sua inviolabilidade absoluta. É opinião de inúmeros tratadistas, entre outros a de Heinrich Kipp, que discorre longamente sobre a matéria em seu ensaio sobre "Gesetzgebung", salientando como uma Constituição deve servir e desenvolver-se de acordo com a força viva do Estado a que se destina, tendo em vista sempre uma obra interpretativa a ser realizada

de acordo com os princípios fundamentais de uma Constituição, de que é exemplo a Constituição norte-americana, na qual a Suprema Corte tem assegurado a ordem democrática e federativa estabelecida pelo Estado de Direito.⁴³

No mesmo sentido Hans Nawiasky no ensaio “Bundesstaat” (in “Staatslexikon”, v. 2, p. 158) com respeito à obrigatoriedade de forma republicana de governo na Constituição de Weimar.⁴⁴

Veja, também, Hermann Mosler em seu estudo intitulado “A Constituição de Weimar” (in *Staatslexikon*, v. 18, p. 518-26) e Ulrich Scheuner no ensaio *A Constituição*, bem como os nossos *Princípios gerais do direito constitucional moderno*.⁴⁵

As normas constitucionais absolutas consagram “o espírito da obra constitucional” como assegura Wittmayer. Elas são insuscetíveis de reforma, sob pena de destruição ou supressão da Constituição.

Esta linha de interpretação pode ser rebuscada em diversos autores consagrados, como Marbury em *The limitation upon the amending power*,⁴⁶

⁴³ Heinrich Kipp, “Gesetzgebung”, págs. 871-872: “Eine Verfassung dient einem lebendigen Staatswesen, das sich in und mit der Zeit weiterentwickelt. Eine Verfassung darf daher nicht starr sein oder starr ausgelegt werden, soll sie ihrer Aufgabe gerecht werden, ueber eine lange Dauer hinweg die Grundordnungs des Staates zu sein. Die Staatsrechtslehre hat cinige Auslegungsprinzipien entwickelt, die diesen Notwendigkeiten Rechnung tragen, die allerdings vor allen den kompetenzen des Bundes zugute kommen. So soll der Bund G.s-Zustaendigkeiten auf der Grundlage des Sachzusammenhangs oder in solchen Angelegenheiten besitzen, in denen die Natur der Sache eine Repelung durch die Gliedstaaten nicht moeglich sein laesst oder in denen es sich um nicht regional loesbare Aufgaben handelt, auch wenn sie ihm ausdruuecklich nicht zuerkannt sind. Es erscheint selbstverstaendlich, da diese Aulegungsbeheufe nur in uebereinstimmung mit dem Gesamtgeist der Verfassung herangezogen werden koennen. Eine Auslegung, die gegen die Grundprinzipien einer Verfassung verstoess, wird man nicht als zulaessig betrachten koennen. Ein bedeutsames Beispiel fuer eine dem Geist der verfassung entsprechende fortentwickelnde Auslegung bietet das Verfassungsleben der U.S.A. Durch behutsame Auslegung ist es dem hierfuer zustaendigen Supreme Court gelungen, die seit fast 180 Jahren im Wortlaut kaum veraenderte verfassung lebending genug zu erhalten, um auch unter ganz anderen verhaeltnissen die demokratisch-federalistisch-rechtsstaatliche ordnung zu gewaehrleisten”.

⁴⁴ Hans Nawiasky, “Bundesstaat”, in *Staatslexikon*, vol. 2; págs. 272-282. Ulrich Scheuner, “Verfassung”, *ibid.*, vol. 8, págs. 118 s.

⁴⁵ Hermann Mosler, “Weimarer Verfassung”, *ibid.*, vol. 8, págs. 518-256. Herbert Krueger, “Verfassung”, no *Handwoerterbuch der Sozial-Wissenschaften*, 13 vols., vol. 8, pág. 81:

“Verfassungswidrige Verfassungsnormen: Diese verschiedenheit degt die Frage nahe, ob es unter den verfassungssaetzen eine Rangordnung gibt – womoeglich mit der Folge, das seine (niedere) Verfassungsnorm wegen verstosses gegen eine (hoehere) verfassungsnorm als verfassungswidrig bezeichnet werden muesste. Es ist unverkennbar, dass die verfassungssaetze durchaus von verschiedener Gewichtigkeit sind. Aber daraus darf grundsaeztlich nicht der schluss gezogen werden, dass ein solcher Widerspruch die Nichtigkeit der rangniederer Norm zur Folge haben muesste. Das gilt insbesondere dann, wenn beide Verfassungssaetze im verhaeltnis von Regel und Ausnahme zueinander stehen. Ein Eingriff von dritter Seite wuerde hier die verfassungswidrigkeit erst schaffen, weil cine Streichung der Ausnahme bewirken muesste, dass Ungleiches gleich behandelt, also gegen das gleichtsgebot verstossen wuerde”.

⁴⁶ William Marbury, “The Limitation upon the Amending Power”, in *Harvard Law Review*, 1919-1920, págs. 223 s.

Schmitt, na doutrina alemã, em sua *Verfassungslehre* (Muenchen-Leipzig, 1928), quando escreve que, conquanto uma Constituição possa ser alterada, contudo a substância da Constituição não pode ser esvaziada.⁴⁷

Os comentaristas da Constituição da Noruega merecem referência, através dos estudos de Wolgast, Morgenstjerne, Castberg e Erich sobre o § 112 da dita Constituição da Noruega de 17-3-1814, assim se expressando: “Quando a experiência mostra que alguma parte da atual Constituição do reino da Noruega necessita ser modificada... (segue-se o processo da reforma). Sem embargo, tal reforma não pode nunca contradizer os princípios da atual Constituição, só pode modificar determinadas disposições, sem transmutar o espírito da presente Constituição”. A opinião oficial, esposada por Morgenstjerne, admite a comprovação judicial à frente das leis que se venham a contrapor ao § 112 em apreço.⁴⁸

Ainda nos Estados Unidos o Juiz Brage, da Corte Suprema do Missouri, fala de determinados direitos reconhecidos pelos textos constitucionais que são absolutos e de execução imediata. Essa a expressão: “is an absolute right and self-enforcing” (*Hickman v. City of Kansas*, 23 C.R.A. 662).

As normas constitucionais absolutas devem assim contradistinguir-se das normas de eficácia plena, pois as primeiras são absolutamente intangíveis diante da faculdade de reforma constitucional, prevista inclusive para as últimas.

No Brasil atual, como exemplo, a Federação e a República são protegidas por normas constitucionais de eficácia absoluta, que se colocam num grau hierárquico à frente das normas de eficácia plena, pois são intangíveis e invioláveis, exceto por via revolucionária com a destruição da ordem constitucional vigente.

15. CLASSIFICAÇÃO FINAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA E À INALTERABILIDADE NUMÉRICA DOS SENADORES NA CÂMARA ALTA

Diversos doutrinadores têm procurado classificar as normas constitucionais quanto à sua eficácia.

A doutrina tradicional é a norte-americana, quando as distingue em *normas auto-executáveis* e *normas não auto-executáveis*, também as especificando em normas *mandatórias* e *diretórias*.

⁴⁷ Schmitt, *Verfassungslehre*, Munique-Leipzig, 1928, pág. 26: “Dass die Verfassung geändert werden kann, soll nicht besagen, dass die grundlegenden politischen Entscheidungen, welche die substanz der Verfassung ausmachen, von Parlament jederzeit beseitigt werden koennen. Das deutsche Reich kann nicht durch Zweidritelmehrheitsbeschluss des Reichtages in eine absolute Monarchie oder eine Sowjetrepublik verwandelt werden”.

⁴⁸ Erich, “Studien ueber das Wesen und die zukunft der monarchischen Staatsform”, in *Blaetter fuer vergleichende Rechtswissenschaft*, 1918, págs. 184 s. F. Castberg, “Die Verfassungsrechtliche Gesetzgebung in Norwegen”, in *denjahren 1914-21*, Jahr. oef. R., XI, 1922, pág. 227. Wogast, “Die richterliche Pruefungszustaendigkeit in Norwegen”, *Hirts Annalen*, 1922-23, págs. 30 s.

Pontes de Miranda, no Brasil, discriminou as seguintes normas quanto à eficácia: normas bastantes em si, normas não-bastantes em si e normas programáticas.

Na Itália, Vezio Crisafulli no estudo *A Costituzione e suas disposições de princípios* estudou o assunto, podendo-se deduzir das suas lições e de outros doutrinadores italianos a seguinte distinção: a) normas constitucionais de eficácia plena, que teriam aplicação imediata; b) normas constitucionais de eficácia limitada, escalonando-se em dois tipos: 1) normas de legislação; 2) normas programáticas. As chamadas normas de legislação se referem a uma legislação futura regulamentadora dos seus limites, considerando as regras pertinentes aos direitos e garantias individuais como normas de legislação.

Outra classificação é a do jurista brasileiro José Afonso da Silva, que se vem distinguindo ultimamente com diversas monografias sobre temas de importância, entre elas a sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Ele discrimina as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade nos seguintes tipos: I - normas de eficácia plena; II - normas de eficácia contida; III - normas de eficácia limitada, com dois subtipos: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratória de princípios programáticos.⁴⁹

Outra doutrina italiana procura ressuscitar, embora com mais amplitude e profundidade, a concepção clássica americana, discriminando as normas constitucionais em mandatórias e diretórias da terminologia de Cooley, aduzindo a idéia de que as Constituições contêm *normas preceptivas*, de caráter impositivo, e *normas diretivas*, com caráter não-obrigatório, que poderiam ser, inclusive, desrespeitadas pela legislação ordinária, que não se invalidaria.

Duas idéias devem, contudo, prender a atenção do estudioso: 1^a) a *idéia de super-eficácia das normas constitucionais absolutas*; 2^a) a *eficácia negativa de determinadas normas constitucionais*.

Pela primeira idéia chega-se à conclusão de que certas normas constitucionais são intangíveis e invioláveis, não podendo ser alteradas pelo poder constituinte derivado (a faculdade de reforma, revisão ou emenda constitucional), sobrevivendo enquanto sobrevive a Constituição, como nos Estados Unidos e no Brasil tanto a Federação quanto a República.

Quanto ao segundo tópico é de lembrar a doutrina italiana de Azzariti, de Salvatore Villari em *Sobre a natureza da Constituição*, de Flaminio Franchini em *Eficácia da norma constitucional*,⁵⁰ de Piero Calamandrei em *Illegitimidade constitucional do processo civil* (Padova, 1950), de Alfredo Piromallo e outros, que, embora sob fundamentos diferentes, chegam a conclusões praticamente

⁴⁹ Vide José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 1968, págs. 78-79. Esta obra é das mais importantes publicadas sobre o assunto e tornou-se de leitura obrigatória para a análise do tema.

⁵⁰ Salvatore Villari, "Sulla Natura Giuridica della Costituzione", in *Archivio Penale*, maio-junho de 1948. Flaminio Franchini, "Efficacia della Norme Costituzionale", in *Archivio Penale*, maio-junho, 1950. Piero Calamandrei, *La Illegittimità costituzionale delle processo civile*. Pádua, 1950. Vide também. Vezio Crisafulli, *La costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952. Caetano

idênticas sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, negando de modo geral a eficácia das normas programáticas, e, por parte de alguns, de quaisquer normas que não correspondam à *Constituição efetiva*, e que, da parte de Villari, no fundo retrocede à tese de Lassalle exposta na *Ueber Verfassungswesen*.

Quer-se, criticando tal ponto de vista - aliás contradito na própria Itália por Crisafulli, Chiarelli e Balladore Pallieri, entre outros -, chegar a conclusões diferentes.

16. A POLÊMICA DAS LEIS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

O direito constitucional comporta diversos planos de profundidade, com uma certa hierarquia quanto à eficácia, mas com todas as suas regras dotadas de eficácia.

As normas constitucionais podem ser assim classificadas: a) *normas de eficácia absoluta*, que são de aplicação imediata e não-emendáveis; b) *normas de eficácia plena*, com preceitos de aplicação imediata porém emendáveis pelo poder constituinte derivado; c) *normas de eficácia contida*; d) *normas de eficácia limitada*, nestas se incluindo também as chamadas normas programáticas.

“Toda Constituição é feita para ser aplicada”, di-lo com precisão José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 26). Apenas esta eficácia tem de ser examinada por um prisma gradualista, seja admitindo a supereficácia paralisante ou ab-rogante das normas constitucionais absolutas, seja admitindo a eficácia negativa das normas programáticas, às quais, embora sem procedência, muitos autores negam juridicidade.

Aliás, o assunto de eficácia das normas programáticas foi debatido no Brasil, entre outros, por Pontes de Miranda nos *Comentários à Constituição de 1967*, por Alfredo Buzaid na obra *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro* (São Paulo, 1958), além de Geraldo Ataliba e José Afonso da Silva, em trabalhos já mencionados anteriormente ou ainda por Lúcio Bittencourt em *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*⁵¹ (Rio de Janeiro, 1968), afirmando a juridicidade do direito

Azzariti, *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão, 1951. Meucci Ruini, *Il Parlamento e la sue Riforme. La Costituzione nella sue Applicazione*, Milão 1952. Ugo Natoli, *Limiti Costituzionali dell'Autonomia Privata nel Rapporto di Lavoro*, I Introduzione, Milão, 1955. Remo Pannain, “Rapporti tra l'Art. 21 della Costituzione e l'Art. 113 della Legge di P.S.”, in *Archivio Penale*, maio/junho, 1950. Giovanni Bernieri, “Rapporto della Costituzione con le Leggi Anteriori”, in *Archivio Penale*, novembro-dezembro, 1950. Mario Galizia, *Scienza Giuridica e Diritto Costituzionale*, Milão, 1954. Carmelo Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, Pádua, 1951. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*. Nápoles, 1965.

⁵¹ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo. I. pág. 127.- Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 1958. pág. 48. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio, 1968, pág. 60.

programático. Por isso é que se deve admitir a inconstitucionalidade das leis que conflitam com as normas programáticas.

Balladore Pallieri resume tal pensamento nas seguintes palavras do seu *Direito constitucional* (p. 132 do seu livro publicado em italiano), quando se refere em páginas concisas porém elucidativas sobre o valor das normas programáticas: “Prescrevem à legislação ordinária um caminho a seguir; não conseguem constringer o legislador, juridicamente, a seguir tal caminho; mas o compelem, pelo menos, a não seguir via diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário ao que a Constituição determina. E, ademais, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar atrás”.

É o que, aliás, vem sendo decidido pela jurisprudência norte-americana (*American and English encyclopedia of law*, p. 913, n. 2)

No próprio sistema constitucional, como pretendem Schmitt em sua *Verfassungslehre*, Léon Duguit em seu *Traité de droit constitutionnel* e Stier-Somló em “Verfassung”, in *Handwoerterbuch der Rechtswissenschaften* (Berlin-Leipzig, 1929, v. 6, p. 392),⁵² há uma graduação e uma hierarquia.

Liet Veaux também declara em seu *Direito constitucional (Droit constitutionnel*, Paris, 1949): “O direito constitucional comporta diversas regras não tendo senão uma autoridade relativa”.

Esta doutrina recebeu ademais o seu aperfeiçoamento nas especulações de Herbert Kruger, aduzindo uma graduação de ordem nos preceitos constitucionais; com a possibilidade de uma norma constitucional inferior (*niedere Verfassungsnorm*), estar em desacordo com uma norma constitucional mais elevada hierarquicamente, podendo assim ser reputada inclusive como anticonstitucional ou contrária à Constituição.

Há um escalonamento de ordem jurídica, inclusive no direito constitucional, quanto à eficácia das normas jurídicas, dentre as quais sobrelevam as normas constitucionais absolutas, que devem ser salvaguardadas, sendo inoperantes as leis que as limitem ou as circulem de restrições que as nulifiquem. As próprias leis constitucionais não podem fugir a integrar-se nos preceitos das decisões básicas da Constituição, ajustando-se a estas, em uma interpretação consentânea.

Neste sentido as normas básicas que no Brasil resguardam a República e a Federação, e nesta o princípio da inalterabilidade numérica dos senadores na Câmara Alta.

Evidentemente, na sistemática do federalismo brasileiro, é preciso resguardar e respeitar, fortalecendo, o princípio de isonomia entre as pessoas político-constitucionais.

⁵² Schmitt, *Verfassungslehre*, Munique e Leipzig, 1928, pág. 20. Léon Duguit, *Traité du Droit Constitutionnel*. Paris. 1923. III, pág. 641-642. Stier Somlo. “Verfassung”, no *Handwoertbuch der Rechtswissenschaften*, Berlin-Leipzig, 1929, VI, pág. 392.

Há, realmente, um princípio de isonomia ou de igualdade das pessoas político-constitucionais que informa e orienta o princípio federal no regime brasileiro.

Tal princípio é próprio da estrutura do regime. É, portanto, *estrutural*, essencial ao nosso regime constitucional, e o seu desrespeito importa em ruptura do sistema.

A norma constitucional que determina inalterabilidade da igualdade de representação senatorial dos Estados na Câmara Alta é categórica, genérica; desenvolve-se como um verdadeiro princípio constitucional.

A nossa Constituição é rigidíssima neste tocante, em acentuar a representação uniformemente tríplice da representação senatorial dos Estados.

Poder-se-ia objetar a existência de normas constitucionais contrárias.

Mas é de ponderar que ocorre na realidade uma hierarquia das normas constitucionais, que não têm a mesma força de validade. Algumas normas são colocadas no ápice do sistema, decorrem da sistemática da Constituição, do próprio sistema, enquanto outras são acessórias e secundárias, defluem do princípio básico.

Assim sendo, cada preceito constitucional deve ser interpretado dogmaticamente, de acordo com a teleologia do sistema, em harmonia e concordância com este.

É essa a razão pela qual a doutrina alemã recente, com Herbert Kruger, em seu estudo sobre *Constituição*, alude às “normas constitucionais anticonstitucionais”. Esta diferença pressupõe a questão de saber se não existe uma graduação de ordem nos preceitos constitucionais, em que uma norma constitucional de grau mais baixo, por causa da violação do preceito mais elevado, não possa senão ser tida como contrária ou anticonstitucional (*verfassungswidrige*). Os conceitos utilizados por Herbert Kruger são os seguintes: norma constitucional de grau inferior (*niederige Verfassungsnorm*) e normas constitucionais contrárias à Constituição (*verfassungswidrige Verfassungsnorm*).

Além de Herbert Kruger, outros doutrinadores assim pensam, cabendo, a propósito, citar a obra de O. Bachof e de Ulrich Scheuner, debatendo o problema das normas constitucionais contrárias à Constituição e a necessidade de interpretá-la na estrutura total do sistema (v. a propósito O. Bachof, *Verfassungswidrige verfassungsnorm*, Tuebingen, 1961).⁵³

O princípio do federalismo de igualdade no Brasil resguarda, por conseguinte, o preceito básico da inalterabilidade numérica dos senadores da Câmara Alta, de sua representação uniformemente tríplice, como norma mais

⁵³ O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tuebingen, 1961. Sobre a interpretação harmonizadora em caso de discrepância de normas, vide Ulrich Scheuner, o. c., vol. 8, pág. 127: “Jede Verfassungsbestimmung muss auf das Gesamtgefuege der Grundordnung, bezogen, nicht isoliert gesehen werden. Eine harmonisierende Auslegung ist dort nicht zu entbehren, wo Widersprueche und Rangkollisionen auftreten”.

graduada de eficácia absoluta, diante da qual os demais preceitos se afiguram inconstitucionais, assim como o preceito fundamental da não emendabilidade da forma republicana de governo: a Federação e a República são o cerne inviolável do regime.

17. INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

As leis constitucionais têm uma força superior às demais; ocupam o ápice da pirâmide jurídica no escalonamento hierárquico das suas normas, embora com diferentes graus de eficácia.

As leis ordinárias ou complementares que com elas conflitam são reputadas inconstitucionais.

O ato inconstitucional é tido como nulo na doutrina clássica de Marshall. Quando aplicado é nula a sua aplicação; o efeito de declaração da nulidade retroage *ex tunc*, alcançando os atos praticados. Kelsen pretende que as normas jurídicas são anuláveis; há diferentes graus de anulabilidade, ora sendo anulada em relação aos efeitos futuros, permanecendo válidos os efeitos produzidos, ora com efeito retrooperante, destruindo a validade dos atos anteriormente praticados, de sorte que a decisão judicial da inconstitucionalidade seria constitutiva negativa, anulando atos até então reputados válidos, e não somente declaratórios.

No Brasil, a doutrina é controvertida. Para alguns a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*⁵⁴; outros pretendem ser *ex nunc*.⁵⁵

A declaração da inconstitucionalidade feita no Brasil pelo Poder Judiciário, quando é efetuada em caso concreto, não anula nem revoga a lei, e os seus efeitos se produzem *in casu et inter partes*. A lei permanece em vigor eficaz, até a sua suspensão pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, depois de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A nova Constituição Federal admite ainda a ação direta.

José Afonso da Silva explica com procedência: “No que tange ao caso concreto a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulminando a relação jurídica fundada na lei inconstitucional, desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeito, daí por diante, *ex nunc*”.

Na Itália, pela sua Constituição de 1947 (art. 136), cessa a eficácia da lei declarada inconstitucional a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão.

⁵⁴ Alfredo Buzaid, *Da ação direta da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, S. Paulo, 1958, pág. 48.

⁵⁵ Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio 1968, 2.^a edição, pág. 136.

18. A “VACATIO LEGIS” E A “VACATIO CONSTITUTIONIS”

A lei, como a Constituição precisam ser conhecidas do público e da coletividade a que se aplicam. Não somente as autoridades que as aplicam, como os seus destinatários, têm assim possibilidade de melhor conhecê-las.

Por isso se fala de uma *vacatio legis*, que é o período de tempo intercalar desde a publicação do ato promulgatório da lei até a sua efetiva entrada em vigor. Durante o período da *vacatio legis* permanecem com validade as normas que antes regulavam a matéria.⁵⁶

O mesmo fenômeno pode também ocorrer com as Constituições, embora muito raramente. É a *vacatio legis constitucionalis* ou *vacatio constitutionis*. José Afonso da Silva estuda o problema no seu livro *Aplicabilidade das normas constitucionais*, como sempre com mestria.

Exemplo de *vacatio constitutionis* ocorreu na Constituição da Itália, pelo inc. XVIII das suas Disposições Finais e Transitórias, estatuinto o seguinte: “A presente Constituição será promulgada pelo chefe provisório do Estado nos cinco dias seguintes à sua aprovação pela Assembléia Constituinte, e entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1948”. Enrico de Nicola a promulgou em 27-12-1947, mas a Lei Magna só entrou em vigor em 1º-1-1948, com uma *vacatio constitutionis* de quatro dias.

No Brasil a Carta Constitucional de 24-1-1967 foi publicada para entrar em vigor em 15 de março do mesmo ano. Ocorreu destarte um período de *vacatio constitutionis* de quase dois meses.

Durante tal período tinha validade a Lei Magna anterior (com suas emendas), e eram inválidas as leis ordinárias e complementares conflitantes com a Lei Magna anterior, embora de acordo com a Carta de 1967, ainda não vigente. Contudo tais leis ordinárias e complementares teriam validade com a entrada em vigor da Lei Magna de 1967, caso não se lhes suspendesse a executoriedade. À maneira inversa, as leis complementares e ordinárias promulgadas de acordo com a Carta Magna antiga, mas conflitantes com a nova Lei Magna, teriam validade durante a *vacatio*, mas se tornariam inconstitucionais com o advento da Carta Constitucional de 1967. Este raciocínio teve importância própria na discussão de validade dos Atos Institucionais, que permitiu a legislação de normas conflitantes com a Lei Magna de 1967, que se tornaram inconstitucionais por conflitantes com a nova sistemática constitucional estabelecida.

19. AS CLÁUSULAS PÉTREAS

As Constituições atuais do Estado de Direito têm cláusulas de intangibilidade evitando qualquer processo de emenda e elas se chamam de

⁵⁶ Vide também a respeito José Afonso da Silva, *Princípios do processo legislativo da formação das leis no Direito Constitucional*, S. Paulo, 1964, pág. 231.

cláusulas pétreas. Estas correspondem ao que antes eram o conteúdo de intangibilidade dos textos constitucionais, tal conteúdo surgindo pela primeira vez na Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, afirmando que a federação e a república não eram susceptíveis de emenda. Tudo isso porque ainda dominava no mundo ocidental europeu um clima de turbulência com monarquias semi-constitucionais, e apenas existente um modelo de parlamentarismo democrático na Inglaterra, que foi chamada de *República Coroada* por Lord Bryce.

No século XX, tendo em vista a instabilidade política decorrente das guerras mundiais e a expansão de ondas ideológicas do autoritarismo, os países tendentes à proteção das liberdades incluíram um núcleo de intangibilidade e de intocabilidade ao seu texto constitucional, proibindo as emendas a determinados preceitos, princípios e valores fundamentais da constituição. Tais cláusulas impediram qualquer tipo de emendas, reforma, revisão ou mudança, e tiveram a sua designação popularizada com o nome de cláusulas pétreas.

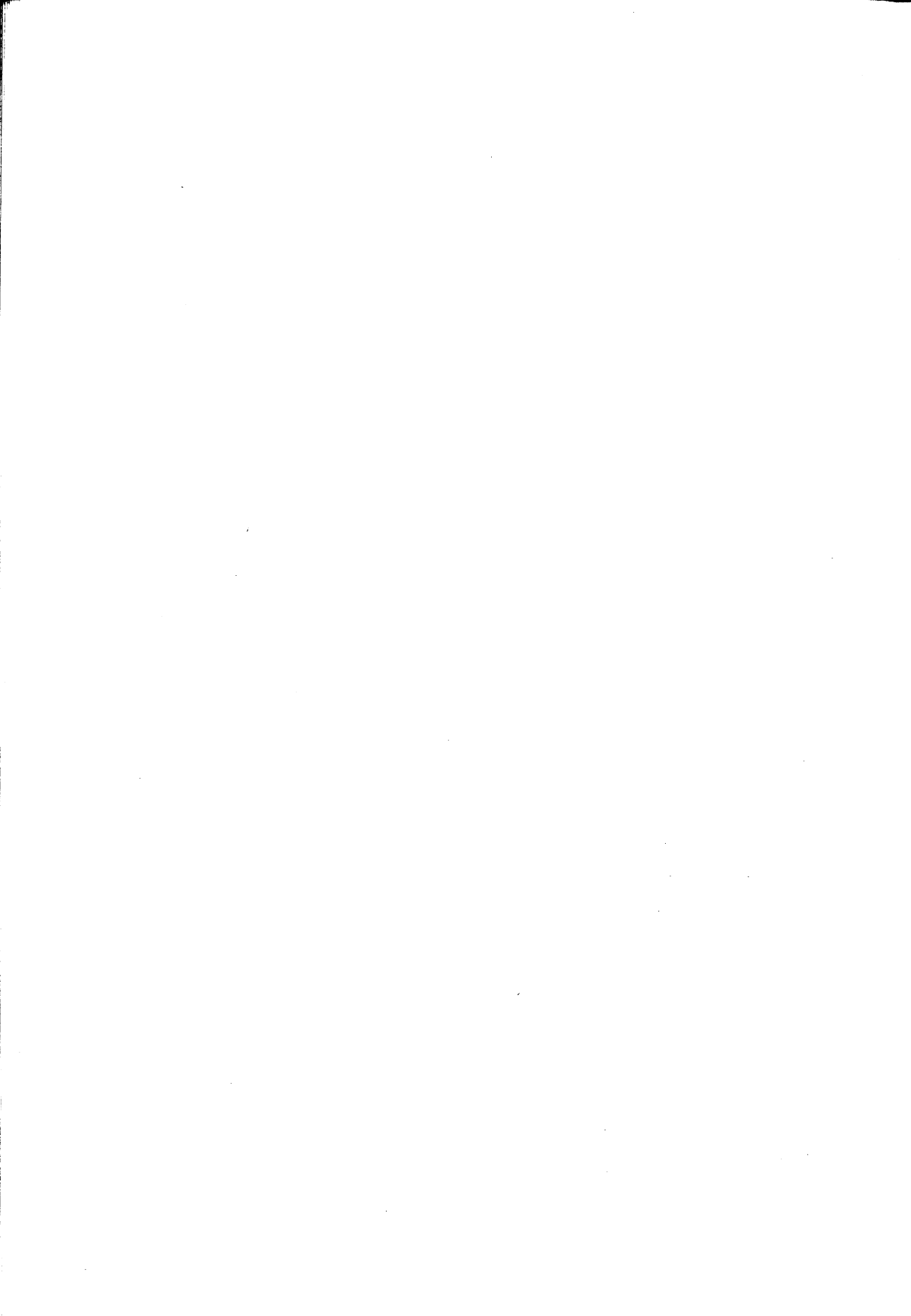
Assim aconteceu com a República Federal da Alemanha, França, Itália, Portugal, Áustria, sendo as mais completas nesta relação do núcleo de intangibilidade as da República Federal da Alemanha e de Portugal, e elas foram estudadas no nosso livro *Comentários à Constituição Brasileira* (Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, no último volume).

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, no seu art. 60, § 4º, assim determina, *verbis*:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.”

As cláusulas pétreas no Brasil são enunciadas de modo genérico, porém de grande abrangência, sobretudo no caso da proteção aos direitos do homem. Elas revelam o espírito do legislador constituinte de idealizar um conjunto de preceitos que tenham a normatividade superior na própria Constituição, preceitos intocáveis pelo poder de emendabilidade. Qualquer mudança a esse regramento normativo superior não é uma reforma, porém um processo destrutivo da Constituição, e só uma nova constituinte poderia modificá-los.



APROXIMACION A LA IDEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis María Díez-Picazo

SUMARIO: 1. Las declaraciones de derechos y el constitucionalismo. 2. Ampliación e internacionalización de las declaraciones de derechos. 3. Derechos fundamentales, derechos humanos, derechos públicos subjetivos, derechos de la personalidad. 4. Clasificaciones de los derechos fundamentales. 5. Funciones de los derechos fundamentales.

1. DECLARACIONES DE DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO.

La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, esto es, la doctrina que propugna la limitación y el control del poder político por medio del derecho. Las primeras declaraciones de derechos son producto, en efecto, de las grandes revoluciones liberales que, frente al absolutismo, dan vida al constitucionalismo moderno: el Bill of Rights de 1689 en Inglaterra, las declaraciones de las ex colonias -sobre todo, la de Virginia de 1776- y las primeras diez enmiendas a la Constitución en los Estados Unidos, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia.

Desde sus orígenes, las declaraciones de derechos han tenido como finalidad dotar a los particulares de derechos, precisamente, frente a los poderes públicos; derechos en los que la acción de éstos últimos debe hallar un tope jurídicamente insuperable. En este sentido, puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Las declaraciones de derechos recogen los principales límites sustantivos al poder político. Resulta comprensible, pues, por qué las declaraciones de derechos son uno de los dos grandes temas de todo el constitucionalismo: el otro es la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos.

En este contexto, la pregunta clave, cuya respuesta puede ser sumamente esclarecedora, es por qué el constitucionalismo ha formulado los límites jurídicos al poder político como derechos subjetivos. Téngase en cuenta que ésta no era la única posibilidad, tal como demuestra toda la experiencia de llamado «constitucionalismo antiguo» (griego, romano y medieval), donde la limitación jurídica del poder político, más que en facultades reconocidas a los ciudadanos, se articulaba en simples normas de derecho objetivo. ¿Por qué, entonces, derechos en vez de normas? La respuesta tiene que ver con el doble sustrato filosófico de las declaraciones de derechos, a saber: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo.

El iusnaturalismo racionalista, que surge a raíz de la Reforma, supone que el derecho natural ya no puede concebirse como una emanación de la verdad revelada, sino que ha de fundarse sobre lo único que todos los hombres, una vez desaparecida la unidad religiosa de Europa occidental, tienen en común: la razón. De aquí que la conciencia individual pase a ser el árbitro último en los

asuntos morales y políticos y, sobre todo, que se afirme la prioridad del individuo sobre cualesquiera entidades colectivas (familia, confesión religiosa, corporación profesional, nación, etc.). El derecho natural, entendido como ideal de justicia, queda centrado sobre el individuo y, así, no es de extrañar que tienda a ser formulado como facultades que ese mismo individuo puede hacer valer para protegerse frente al poder político.

Es más: el propio concepto de derecho subjetivo procede del iusnaturalismo racionalista. La tradición jurídica romana e, incluso, la de los glosadores y comentaristas desconocían la idea de derecho subjetivo. De modo similar a lo que siempre ha sucedido en el mundo anglosajón, esa tradición se basaba, más bien, en la idea de acción, es decir, de la facultad de poner en marcha el proceso para reclamar algo. Tras una primera formulación por la filosofía nominalista bajomedieval (Ockham), el concepto de derecho subjetivo es elaborado, en el siglo XVII, por el pensamiento iusnaturalista (Grocio, Locke, etc.). Ello significa que la idea de derecho subjetivo -esto es, un interés jurídicamente protegido cuya satisfacción queda encomendada a la voluntad de su titular (agere licere)- no nació como instrumento conceptual para la interpretación del derecho positivo, sino como soporte técnico de los «derechos naturales»: en origen, la idea de derecho subjetivo sirve sólo para designar libertades de naturaleza supralegal o, si se prefiere, suprapositiva. Dicho en términos actuales, la función originaria de la noción de derecho subjetivo era configurar genuinos «derechos fundamentales», ámbitos de libertad sustraídos a la capacidad de regulación del Estado.

En cuanto al contractualismo, es claro que las declaraciones de derechos tienen que ver con una visión ascendente del poder político, según la cual éste es legítimo sólo en la medida en que es consentido por los particulares: el contrato social sería, así, el fundamento de toda organización política. Pues bien, lo que interesa destacar aquí es que, en la perspectiva del constitucionalismo, las declaraciones de derechos son una condición previa a la celebración misma del contrato social. Los seres humanos crean la organización política y aceptan someterse a ella porque, previamente, ésta ha reconocido que son titulares de ciertos derechos inviolables. Es significativo que incluso hoy en día, cuando las versiones rígidas del iusnaturalismo están intelectualmente desacreditadas, siga hablándose de «declaraciones» de derechos: éstas no tienen una eficacia constitutiva, sino meramente declarativa; es decir, no recogen de derechos creados por el Estado. Antes al contrario, se trata de derechos que, al menos en la lógica constitucional, preexisten al Estado y limitan la acción del mismo.

En los albores del constitucionalismo, este postulado de la prioridad de la declaración de derechos respecto del establecimiento mismo de la organización política se sostenía con absoluta coherencia, hasta el punto de ser predicado no sólo en el plano lógico sino también en el plano temporal: las primeras declaraciones de derechos fueron aprobadas antes de empezar a elaborar la correspondiente Constitución; y ello porque, para el constitucionalismo, la única

finalidad legítima del Estado es proteger esos derechos. El caso de la Francia revolucionaria, con la Declaración de 1789 y la Constitución de 1791, es paradigmático a este respecto. Más tarde, esta diferenciación temporal se perdió y las declaraciones de derechos comenzaron a ser incorporadas a los textos constitucionales, dando lugar a lo que a veces se llama «parte dogmática» en cuanto contrapuesta a la «parte orgánica», relativa a la estructura del poder político. Aun así, las declaraciones de derechos suelen seguir estando al inicio del texto constitucional; lo que tiene, sin duda, un alto valor simbólico, al recordar que la Constitución no es sólo regulación equilibrada de los poderes públicos (frame of government) sino también declaración de derechos. La síntesis clásica de todo ello sigue hallándose en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano:

«Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

2. AMPLIACION E INTERNACIONALIZACION DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.

Tras su afirmación con las revoluciones liberales, las declaraciones de derechos han ido evolucionando, de manera particularmente señalada a lo largo del siglo XX. Esta evolución se ha producido en dos sentidos: ampliación e internacionalización.

En origen, las declaraciones de derechos, fieles a su raigambre liberal, contenían solamente «derechos civiles y políticos», es decir, los derechos tendentes a garantizar tanto ciertos ámbitos de autonomía individual frente al Estado (inviolabilidad del domicilio, legalidad penal, libertad de imprenta, etc.) como facultades de participación en los asuntos públicos (derecho de sufragio, derecho de petición, etc.). No obstante, la progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de la moderna democracia de masas condujeron a que en las declaraciones de derechos se proclamasen también «derechos sociales» (sindicación y huelga, educación, sanidad, etc.). La Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1920 inauguraron esta nueva línea, que luego ha sido seguida por muchos otros textos constitucionales. En los últimos decenios, además, ha aparecido una nueva categoría de derechos: los llamados «derechos colectivos» (medio ambiente, patrimonio cultural, etc.), que algunos querrían incluso extender a los animales.

La ampliación del contenido de las declaraciones de derechos es un fenómeno positivo en la medida en que pone de manifiesto el prestigio alcanzado por la «lengua de los derechos» (García de Enterría): hoy en día, es prácticamente inconcebible una reclamación política que no se presente en términos de derechos y, más aún, de derechos del máximo nivel. De aquí que nuestra época haya sido calificada como un «tiempo de los derechos» (Bobbio), marcada por una creciente conciencia de que el Estado es deudor de algo más que concesiones graciosas hacia los ciudadanos. Ahora bien, el fenómeno

de la ampliación de las declaraciones de derechos presenta ciertos riesgos. Existe, ante todo, un riesgo de banalización, patente en la palabra «generaciones» a menudo empleada para designar cada nueva oleada de derechos: ello recuerda demasiado la permanente revolución informática, en la que las precedentes generaciones de ordenadores quedan de prisa superadas por otras nuevas, por lo que es imprescindible recordar que la proclamación de nuevos derechos de ningún modo sustituyen a los derechos clásicos. Estos siguen siendo tan importantes, en la práctica, como hace doscientos años. Aún más grave es el hecho de que la inflación de derechos puede llevar a su devaluación: para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados. Ello tiene que ver con que los derechos fundamentales están llamados a funcionar como «triumfos» que el particular puede jugar contra los poderes públicos y, en especial, contra el legislador (Dworkin). De aquí que reconocer nuevos derechos no sea una operación inocua: si se toman en serio, comportan nuevas limitaciones a la acción de los poderes públicos y, por tanto, también a la política democrática; pero, si se les atribuye un mero significado simbólico, el respeto por la idea misma de derechos fundamentales queda dañado.

En cuanto a la internacionalización, se trata de un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial y, en gran medida, debido a las atrocidades de la misma. Importantes textos proceden de la iniciativa de las Naciones Unidas (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966); pero también es importante la experiencia regional, donde destaca como modelo de eficacia práctica el Convenio Europeo de Derechos Humanos, concluido en 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa y ampliado sucesivamente mediante varios Protocolos, que ha sido seguido de cerca por el Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969. La internacionalización de las declaraciones de derechos ha traído consigo un innegable efecto benéfico: la introducción de standards mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos. Así, sobre todo en el ámbito regional, ha ido emergiendo una especie de «derecho común» de los derechos humanos, que permite dar respuestas mínimamente uniformes a muchos de los problemas jurídicos que surgen en la práctica. La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de aplicación del citado Convenio Europeo, es ejemplar a este respecto. Otro tanto puede decirse del Tribunal de San José, órgano del Convenio Americano.

La internacionalización de las declaraciones de derechos, con todo, plantea una importante cuestión teórica: ¿hasta qué punto los derechos humanos, que han surgido históricamente dentro de la cultura jurídico-política occidental, pueden ser exigibles en sociedades ajenas a dicha tradición cultural? En otras palabras, ¿cabe afirmar que los derechos humanos varían cuando se hace referencia, por ejemplo, al mundo islámico o al África subsahariana? Este problema, que suele denominarse de la «universalidad de los derechos

humanos», es básicamente de índole filosófica, ya que no se pregunta tanto por la validez positiva de determinados derechos cuanto por su justificación moral. Aunque ésta no es la sede adecuada para analizar el problema en toda su extensión, sí conviene dejar apuntados algunos elementos para una posible respuesta: a) el problema de la justificación de la universalidad de los derechos humanos no es sino una concreción del problema más general de la justificación de la democracia constitucional; b) el problema está íntimamente relacionado, además, con el llamado «relativismo moral» -es decir, aquella corriente de pensamiento según la cual lo que es bueno y justo depende de las pautas sociales imperantes en cada sociedad; c) de aquí que, en la medida en que no se esté dispuesto a afirmar que toda desviación de las pautas sociales establecidas es inmoral, haya que admitir una cierta universalidad de los derechos humanos, máxime si se considera que éstos alcanzan su sentido profundo precisamente en la defensa de marginados y disidentes: las «personas normales» tienen menos necesidad de los derechos humanos; d) la universalidad de los derechos humanos no impone una absoluta uniformidad normativa y jurisprudencial sino que, en la medida en que se respete el núcleo común de valores indisponibles -la Declaración Universal probablemente sigue siendo el mejor indicador a este respecto-, admite modulaciones según las características y necesidades de cada sociedad. Todo lo anterior pone de manifiesto que, como se verá más adelante, en materia de derechos fundamentales resulta inevitable una cierta comunicación entre debate jurídico y debate moral.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS, DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS, DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Hasta aquí, al referirse al contenido de las declaraciones de derechos, se ha hablado indistintamente de «derechos fundamentales» y de «derechos humanos»; pero, llegados a este punto, es preciso hacer algunas precisiones terminológicas y conceptuales.

Alguna diferencia hay entre ambas expresiones, al menos en la terminología jurídica arraigada en España: mientras «derechos fundamentales» designa los derechos garantizados por la Constitución, «derechos humanos» indica los derechos protegidos por textos normativos internacionales. Esta diferencia, sin embargo, afecta solamente a los usos lingüísticos españoles. De aquí que, más allá de las palabras adoptadas, exista un problema conceptual: tratándose de declaraciones de derechos, ¿hay alguna diferencia sustancial según hayan sido proclamadas por normas de derecho internacional o por normas de derecho interno y, dentro de éste último, eventualmente por normas de rango constitucional? Ciertamente, el concreto régimen jurídico y, en especial, los mecanismos de protección de los derechos variarán según cuál sea la norma en que estén reconocidos; pero ello no autoriza a olvidar que se trata siempre de derechos tendentes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un

punto de vista moral y político, se consideran básicos. Por tanto, la respuesta esencialista, según la cual distintas garantías jurídicas dan lugar a dos realidades jurídicas distintas, no resulta del todo convincente; y ello por más que no quepa infravalorar un hecho incontestable: la máxima fortaleza jurídica de esos derechos consiste en que sean proclamados a nivel constitucional y que haya, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la Constitución. No hay que olvidar, en todo caso, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (culturales, organizativos, etc.).

Así, desde un punto de vista jurídico, el fondo de la cuestión es si entre los derechos fundamentales y los derechos humanos hay separación o comunicación. A este respecto, además de la ya mencionada identidad de valores protegidos, hay que tener presente que, al menos en Europa, el proceso de integración supranacional afecta también a la protección de los derechos humanos. Así lo demuestra la aplicación del Convenio Europeo, que alcanza incluso, si bien indirectamente, al derecho comunitario (art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea). De aquí que parezca más correcto sostener que entre derechos humanos y derechos fundamentales existe comunicación: unos mismos derechos son protegidos por distintos ordenamientos (internacional, comunitario, interno) que, por ello mismo, están llamados a colaborar. Esta conclusión, por lo demás, es inevitable en España, donde el art. 10.2 de la Constitución obliga a interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Además de las dos expresiones que se acaban de examinar, en materia de estatuto jurídico-político de la persona se usan otras cuyo alcance conviene también precisar: «libertades públicas», «derechos públicos subjetivos», «derechos de la personalidad». En cuanto al término «libertades públicas» - que aparece en la Constitución española, en la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I-, carece de un significado técnico consolidado, de modo que se emplea como sinónimo bien de «derechos fundamentales» bien de «derechos humanos», en especial cuando se trata de derechos que garantizan ámbitos de autonomía frente al Estado. Algo más de atención, en cambio, hay que prestar a los otros dos términos mencionados.

Con «derechos públicos subjetivos» se hace referencia, genéricamente, a aquellos derechos que los particulares ostentan frente a los poderes públicos. En un sentido más técnico, no son cualesquiera derechos oponibles a los poderes públicos, sino tan sólo aquéllos que están sometidos al derecho administrativo; es decir, quedan fuera los derechos subjetivos que surgen frente a la Administración cuando ésta actúa con sujeción al derecho privado (civil, mercantil, laboral). Por tanto, estos derechos son «públicos» en un doble sentido: primero, porque operan frente a los poderes públicos; segundo, porque se rigen por el derecho público o administrativo, en vez de por el derecho privado.

Ello explica que se trate de una categoría básica para la juridificación de las relaciones de poder y por ende, para la construcción conceptual del Estado de derecho. Ahora bien, conviene tener muy presente que los derechos públicos subjetivos y los derechos fundamentales -o, en su caso, los derechos humanos- son algo más que dos modos distintos de observar un mismo fenómeno; y ello porque no todos los derechos públicos subjetivos son derechos fundamentales, ni los derechos fundamentales operan siempre como derechos públicos subjetivos. Lo primero se debe a que hay derechos públicos subjetivos que, no encarnando valores básicos de la democracia constitucional, son creados, modificados y suprimidos libremente por el legislador. Este grupo está formado por la inmensa mayoría de los derechos otorgados a los particulares por las leyes administrativas, esto es, aquellos derechos que no pueden calificarse de desarrollo de alguna norma constitucional. Lo segundo -o sea, que los derechos fundamentales no siempre operen como derechos subjetivos- se debe simplemente a que algunos derechos fundamentales pueden ser invocados también frente a otros particulares.

La expresión «derechos de la personalidad», en fin, procede del derecho civil, donde sirve para designar un conjunto más bien heterogéneo de derechos subjetivos (vida e integridad; honor, intimidad e imagen; nombre, pseudónimo y títulos nobiliarios; condición de autor) que se caracterizan, negativamente, por su naturaleza no patrimonial y, positivamente, por proteger determinados atributos de la personalidad misma. Ha existido una discusión teórica sobre la conveniencia de considerarlos derechos subjetivos, ya que se trataría de derechos autorreflexivos; es decir, derechos en los que sujeto y objeto coinciden. De aquí que algunos autores prefieran hablar de «bienes de la personalidad»; expresión que tiene la ventaja de poner de manifiesto cómo la dificultad subyacente a la mencionada discusión es más aparente que real: se trata, en todo caso, de atributos de la personalidad susceptibles de apropiación jurídica (art. 333 del Código Civil español), de manera que el contenido último de esos derechos consiste en la posibilidad de exigir la no intromisión de los demás. Se trata, pues de derechos erga omnes, cuya infracción ha de repararse por vía de indemnización. Los derechos de la personalidad, por lo demás, son de ejercicio personalísimo (art. 162.1 del Código Civil español) y, en la medida en que forman parte del orden público, constituyen un límite a la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil español).

Pues bien, la relación entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales -o, en su caso, derechos humanos- puede ser vista en dos planos. Por una parte, no todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales; esto es, no todos los derechos de la personalidad, cuya protección por el ordenamiento español es anterior a la aprobación de la Constitución, han sido constitucionalizados. Baste pensar en el derecho al nombre o el derecho de autor que, al menos de manera expresa, no están garantizados por la Constitución. Ello significa que, dentro de los derechos de la personalidad, cabe distinguir dos grupos, según sean de rango constitucional

o meramente legal. Respecto de éstos últimos, decir que son creados por el legislador sería un abuso del lenguaje, pues ningún ordenamiento contemporáneo ignora el nombre -aunque sí los títulos nobiliarios- o la condición de autor; pero indudablemente cabe afirmar de ellos que la libertad de configuración del legislador es, si no absoluta, sí mucho mayor que respecto de aquellos otros derechos de la personalidad que, además, son derechos fundamentales. Por otra parte, en aquellos derechos en que concurren ambas condiciones (derechos fundamentales y derechos de la personalidad), su eficacia entre particulares como derechos fundamentales adopta la forma de derechos de la personalidad; lo que no deja de tener relevancia práctica a la hora de determinar el correspondiente régimen jurídico.

4. CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

De los derechos fundamentales se han hecho múltiples clasificaciones; pero esta variedad es más aparente que real, pues incide más sobre las preferencias terminológicas del autor correspondiente que sobre los criterios tipológicos. Casi todas las clasificaciones al uso, en el fondo, se basan bien en un criterio funcional bien en un criterio estructural.

Por su función, los derechos fundamentales pueden ser clasificados en tres grandes grupos, que ya han sido mencionados al hablar de la evolución histórica de las declaraciones de derechos, a saber: derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales. Derechos civiles son aquéllos que tienen como finalidad garantizar determinados ámbitos de libertad de actuación o autonomía, en los que el Estado no debe interferir (libertad de expresión, derecho a la integridad física, libertad de asociación, etc.). Derechos políticos son aquéllos que tienen como finalidad garantizar la gestión democrática de los asuntos públicos (derecho de sufragio, derecho de acceso a los cargos públicos, derecho de petición, etc.). Derechos sociales son aquéllos que tienen como finalidad garantizar unas condiciones de vida digna (derecho a la educación, derecho a la salud, derecho a la vivienda, etc.). Cada uno de estos tres grupos de derechos responde, respectivamente, a las exigencias del Estado de derecho, del Estado democrático y del Estado social. A todo lo anterior, como se señaló más arriba, algunos añaden los llamados «derechos colectivos» (medio ambiente, patrimonio cultural, etc.).

Por su estructura, en cambio, los derechos fundamentales se clasifican según la naturaleza de la facultad que otorgan a su titular. Así, se suelen señalar los siguientes tipos: a) derechos de defensa, que facultan a exigir la no interferencia; b) derechos de participación, que facultan a realizar actos con relevancia pública; c) derechos de prestación, que facultan a reclamar un beneficio. No obstante, la clasificación de los derechos fundamentales según un criterio estructural exige hacer, al menos, dos aclaraciones ulteriores.

Por un lado, es importante subrayar que no existe una correspondencia perfecta entre los criterios funcional y estructural; es decir, no siempre los

derechos civiles coinciden con los derechos de defensa, los derechos políticos con los derechos de participación, y los derechos sociales con los derechos de prestación. Ello es particularmente claro en ciertos derechos (libertad sindical, derecho de huelga, negociación colectiva) que, siendo sociales por su función -al menos, en una perspectiva histórica-, tienen una clásica estructura de derechos de defensa. Además, en algunos derechos se entremezclan facultades de distintos tipos: por ejemplo, el derecho a acceder a los cargos públicos comprende tanto la facultad de no ver impedido el acceso si se reúnen los requisitos correspondientes (derecho de defensa), cuanto el derecho a ejercer los cometidos propios de dicho cargo (derecho de participación).

Por otro lado, aunque la idea de derechos de participación es relativamente clara, las nociones de derechos de defensa y derechos de prestación se prestan a ciertos equívocos. La noción de derechos de defensa es equívoca porque, siguiendo la célebre distinción de Isaiah Berlin, la libertad puede ser «negativa» o «positiva»; esto es, la autonomía o no interferencia puede consistir tanto en que el Estado no haga algo (detener arbitrariamente, interceptar las comunicaciones, etc.) a la persona, como en que no impida hacer algo (publicar un libro, crear una asociación, etc.) a la persona. En términos jurídicos, ello comporta que, mientras algunos derechos de defensa se plasman en una abstención del Estado en sentido estricto, otros se traducen en que el Estado no impida realizar actos jurídicos o, incluso, simplemente materiales.

En cuanto a la noción de derechos de prestación, el equívoco estriba en la frecuente observación de que, junto a derechos que facultan a exigir un beneficio o prestación en sentido estricto -por ejemplo, el derecho a una educación básica gratuita-, hay derechos que facultan a utilizar un servicio público, siendo el ejemplo arquetípico el derecho a la tutela judicial efectiva. Desde el punto de vista del titular del derecho, sin embargo, esta diferencia es más cuantitativa que cualitativa, ya que hace referencia a la mayor o menor libertad del legislador a la hora de regular el acceso al servicio y el concreto contenido del mismo. Lo que ocurre, en definitiva, es que determinados servicios -tal es señaladamente el caso de la administración de justicia- han pertenecido siempre al núcleo duro de las funciones estatales y, en consecuencia, dejan muy poco margen para regular el acceso a la prestación y el contenido de la misma; es decir, más por razones histórico-políticas que genuinamente constitucionales, están en esencia al margen de las prioridades presupuestarias de la mayoría gobernante en cada momento.

Téngase presente, en fin, que las clasificaciones de los derechos fundamentales tienen un valor más académico que práctico: al final, hay que estar al régimen de cada concreto derecho. Aun así, no hay que olvidar que toda clasificación funcional arroja luz sobre los valores protegidos por los derechos, mientras que toda clasificación estructural ayuda a comprender el contenido efectivo de los mismos.

5. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para terminar de perfilar esta visión de conjunto sobre los derechos fundamentales, es conveniente hacer una breve referencia a las funciones que éstos cumplen en la esfera jurídico-política. Estas funciones son, básicamente, dos: una función de protección y una función de legitimación.

La función de protección es la más evidente y, sin duda, prioritaria: los derechos fundamentales nacieron precisamente como mecanismos de salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos. Aquí es importante subrayar que, cuando se dice que los derechos fundamentales portegen frente a los «poderes públicos», se hace referencia a todos los poderes públicos cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, ejecutiva, judicial) o nivel (estatal, regional, local). La plenitud de la función protectora se alcanza cuando los derechos fundamentales vinculan también al legislador y ello, como es obvio, sólo ocurre allí donde hay un sistema efectivo de control de constitucionalidad de las leyes. En aquellos países inequívocamente democráticos donde no hay justicia constitucional (Reino Unido, Países Bajos, Suecia, etc.), es incontestable que la función de protección de los derechos está limitada. No obstante, hay que tener en cuenta que dicha función de protección no consiste sólo en imponer límites al legislador, sino también en controlar la actividad administrativa y jurisdiccional. Además, por obra de su llamada «dimensión institucional», los derechos fundamentales también despliegan su función de protección en la medida en que inspiran el funcionamiento global del ordenamiento jurídico, creando un ambiente respetuoso para con ellos.

La función de legitimación, por su parte, consiste en que los derechos fundamentales operan como criterios para distinguir lo justo de lo injusto; y ello tanto respecto de actuaciones políticas concretas, como de cada organización política en su conjunto. Es cierto que esta función de legitimación ha estado siempre presente en las declaraciones de derechos: recuérdese que el constitucionalismo siempre se ha basado en la idea de que el Estado sólo debe existir, en última instancia, para proteger los derechos. No otra cosa subyace en el art. 10.1 de la Constitución española cuando dice de ellos que son «fundamento del orden político y de la paz social»: sin respeto por los derechos fundamentales, no puede haber democracia constitucional ni tampoco, siquiera, concordia civil. Ahora bien, en los últimos tiempos, la función de legitimación de los derechos fundamentales se ha visto notablemente acentuada, sobre todo en el plano internacional. Baste pensar en que, frente a la tradicional regla de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, se va abriendo paso la doctrina de la «intervención humanitaria» precisamente para hacer frente a situaciones de violación masiva de los derechos humanos. Menos dramático, aunque igualmente significativo a este respecto, es el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea:

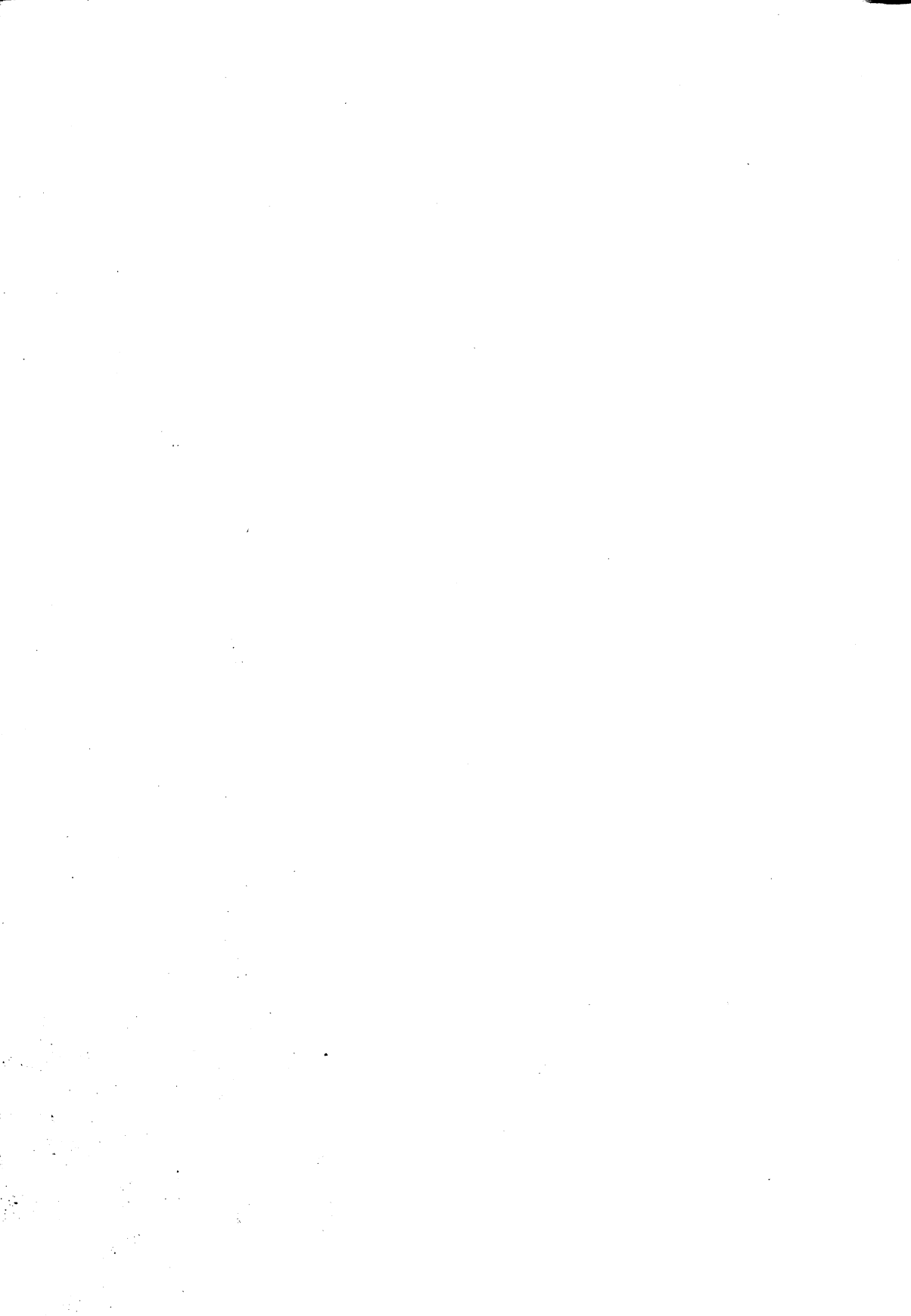
«La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho,

principios que son comunes a los Estados miembros».

Este es, además, el único requisito exigible para formar parte de la Unión Europea (art. 49 del Tratado de la Unión Europea). En pocas palabras, el respeto por los derechos ya no determina sólo la aceptabilidad de un régimen político por parte de sus ciudadanos, sino también la respetabilidad internacional de un país.

NOTA BIBLIOGRAFICA

M. Artola, *Los derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1986; I. Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Taurus, Madrid, 1999; J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos (Concepto, fundamento, sujetos)*, Tecnos, Madrid, 1992; N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991; A. Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991; B. Clavero, *Los derechos y los jueces*, Civitas, Madrid, 1988; P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25 (1989); R. Dahrendorf, «Derechos humanos: ¿retórica política o realidad jurídica?», en *Nueva Revista* nº 67 (2000); R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; E. Fernández, *Estudios de ética jurídica*, Debate, Valencia, 1990; E. García de Enterría, *La lengua de los derechos (La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa)*, Alianza, Madrid, 1994; E. García de Enterría, «Sobre los derechos públicos subjetivos», en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 6 (1975); D.T. Meyers, *Los derechos inalienables* (trad. esp.), Alianza, Madrid, 1985; C. Nino, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984; G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales (Teoría general)*, Eudema, Madrid, 1991; A.E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984; C. Rogel Vide, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985.



LA POLEMICA “CLAUSULA CERROJO” DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DESDE LA OPTICA DE LA INTERPRETACION

Jorge Alejandro Amaya

SUMARIO: 1) Ingresando en los extremos del trabajo. La reforma constitucional de 1994. La llamada “cláusula cerrojo”. a) Objetivo y método. b) Antecedentes de la reforma. 2). Interpretación. Interpretación del derecho e interpretación constitucional. a) De Kelsen a Dworkin. b) El dilema de la “verdad” constitucional y de los modelos descriptivos. c) El Estado Constitucional de Derecho. d) Solo un breve comentario sobre Constitución y reforma. e) Interpretación y derechos humanos. f) Las Convenciones Interpretativas de Carlos Nino. 3). Algunas reglas de interpretación constitucional. a) Postulado de la eficacia o efectividad de la Constitución. b) Postulado sistemático. c) Postulado sobre la unidad del ordenamiento jurídico. d) Postulado que apela a la máxima funcionalidad del régimen político. e) Postulado de la consolidación de los valores constitucionales. f) Postulado que propugna la atención de las consecuencias sociales. g) Postulado que propugna el equilibrio entre la interpretación subjetiva y objetiva o entre lo estático y dinámico. h) Postulado que propugna la coordinación entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional. 4) La interpretación judicial de la “cláusula cerrojo”. a) Algunas consideraciones sobre una realidad incontestable: la interpretación judicial del ordenamiento constitucional. b) El caso “Romero Feris”. El voto mayoritario. El voto concurrente y la disidencia. 5) Breves Conclusiones.

1. INGRESANDO EN LOS EXTREMOS DEL TRABAJO. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. LA LLAMADA “CLÁUSULA CERROJO”.

a) Objetivo y método.

El dictado por parte del Congreso Nacional de la ley 24.309 - que implicó la apertura del procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 30 de nuestra Constitución al declarar la necesidad de su reforma parcial y habilitó a la Convención Constituyente el tratamiento y reforma de los puntos por la ley establecidos - contuvo una norma que fue conocida públicamente como la “cláusula cerrojo” (artículo 5° de la ley)¹ la cual motivó severas críticas

¹ Artículo 5 de la ley 24.309: “La Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el artículo 2° de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes”

políticas y jurídicas² y varias impugnaciones judiciales³.

Esta cláusula obligaba a los Convencionales a votar por sí o por no un conjunto de temas diversos que habían sido incluidos en el artículo 2° de la ley declarativa el cual fue denominado “núcleo de coincidencias básicas”, en referencia a las coincidencias jurídicas y políticas arribadas por los dos partidos políticos mayoritarios que permitieron obtener la mayoría parlamentaria necesaria para poner en marcha el procedimiento de reforma constitucional.

Hace algunos años, publicamos un trabajo en el cual analizamos dicha cláusula – reprochable a nuestro criterio - a la luz de los llamados derechos políticos subjetivos de los convencionales que integraban los partidos políticos opositores a la reforma; de los límites del procedimiento legislativo y de la posible habilitación de la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴. Dicho trabajo implicó obviamente la interpretación de la norma a nuestro criterio en crisis, pero en razón que abordaba la temática desde otra perspectiva y con otro fin, no se detenía en el concepto, los principios y las reglas de la interpretación jurídica en general y de la interpretación constitucional en particular.-

Hoy, varios años después, quisimos retomar el análisis de la norma desde algunos aspectos de la temática en último término señalada: la cláusula cerrojo, la interpretación del derecho y en especial la interpretación constitucional.

Cabe anticipar, que esta nueva visión que proponemos reafirma a nuestro criterio - algunas conclusiones del primer trabajo y refuerza nuestra visión crítica de aquella cláusula que tuvo por primordial objeto – según nuestro parecer - garantizar que las concesiones recíprocas que los dos partidos mayoritarios del país se formularon en las negociaciones políticas previas, no pudieran ser desconocidas por alguna de estas partes durante el procedimiento reformador, en desmedro de derechos civiles y políticos fundamentales - libertades de conciencia, expresión y voto - de las minorías que no habían participado del acuerdo y lesionando los principios del pluralismo y la participación democrática.

La nueva visión que proponemos nos plantea el interesante desafío de la interpretación de una norma dictada por el Poder Legislativo con una mayoría

² Ver por ejemplo entre otros: “¿ Menos poder presidencial?, Alberto Natale, diario “La Nación” 16-12-93; El pacto Menem. Alfonsín, diario “La Nación” editorial del 16-12-93; La reforma constitucional entre comedia y tragedia, Joaquín Morales Solá, diario “La Nación” del 27-11-93; Subordinación y valor, Sergio Crivelli, diario “La Prensa” del 28-12-93; Que reforma constitucional se nos propone, Miguel Padilla, diario “La Prensa” del 22-8-93; Desatar el paquete, Pedro Frías, diario “La Nación” 23-08-93 ; Reforma por unas monedas, Félix Loñ, diario “La Nación” 27-09-93; Poder Constituyente versus Poder Preconstituyente, Nestor Sagües, diario “La Nación” del 5-3-94.

³ Polino Héctor c/ Estado Nacional s/amparo CS, abril 7-1994; Romero Feris José Antonio c/ Estado Nacional s/ amparo CS, 1-7-94 Barcesat c/Estado Nacional s/ amparo”; Alsogaray Alvaro y otros c/ Convención Constituyente s/ amparo, Cam Fed. De Rosario, julio 14-,1994. (estrictamente esta acción judicial no tuvo por objeto la impugnación del artículo 5° de la ley 24.309 sino el artículo 157 del reglamento interno de la Convención Constituyente que lo reprodujo textualmente).

⁴ Jorge Alejandro Amaya, «Los derechos públicos subjetivos y su protección en el derecho interno e internacional», en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Socia-*

calificada, lo que implica especial fortaleza en su legitimación para el esquema del sistema democrático. Asimismo, si bien se trata de una norma dictada por un poder constituido, lo es en ejercicio del trámite particular de reforma constitucional y por consiguiente su examen de presunción constitucional y ausencia de justiciabilidad juegan rigurosamente a su favor.

A los fines descriptos, nos ha parecido interesante partir de la reflexión de algunas teorías sobre la interpretación del derecho y especialmente sobre la interpretación constitucional; examinar algunas reglas de interpretación constitucional y finalmente partiendo de la conocida frase del juez Holmes: "la constitución es lo que los jueces dicen que es" introducimos en la interpretación propiamente judicial de la "cláusula cerrojo" y en el caso "Romero Feris" fallado por nuestra Corte Suprema de Justicia en donde el Tribunal analizó el planteo de inconstitucionalidad de la norma.-

b) Antecedentes de la reforma.

Cabe hacer una breve referencia, a modo de situación histórica, de como fueron gestadas las normas en crítica. Poco tiempo después de asumir el gobierno nacional el Dr. Carlos S. Menem (1989) se instaló desde el gobierno un proceso político tendiente a debatir la necesidad de reforma constitucional. El proceso avanzó en forma rápida y contundente, cubriendo los debates políticos y los medios de comunicación.

Muchos opositores a la reforma (por convicción o interés) evidenciaron que el pretendido cambio constitucional perseguía primordialmente la reelección del presidente y que no constituía una necesidad ni reclamo social, sin embargo si bien las encuestas de opinión de aquella época evidenciaban poco interés por parte de la comunidad en el cambio constitucional – y mas allá de las claras intenciones políticas del partido gobernante – es difícil determinar – en casos como el presente ¿quien es el pueblo y donde está? Siguiendo la distinción que formula Bruce Ackerman ¿nos encontrábamos ante el nacimiento de un "momento constitucional"?⁵.

El partido gobernante presentó por intermedio de su bloque de senadores (la cámara mas favorable en número a sus aspiraciones) un proyecto de reforma que cobró estado parlamentario bajo un mar de críticas. Recordemos que el artículo 30 de la Constitución Nacional que prevé el procedimiento de reforma

les (UCES), Año III, N° 1, Buenos Aires 1998.

⁵ La teoría dualista de Bruce Ackerman intenta distinguir entre dos clases distintas de decisiones políticas a las que adjudica distinta legitimidad: Las decisiones tomadas por el pueblo mismo y las decisiones tomadas por el gobierno. Las primeras no son moneda corriente y ocurren raramente, siendo denominadas «momentos constitucionales» Ver, Bruce Ackerman y Carlos F. Rosenkrantz, «Tres concepciones de la democracia constitucional, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N° 1, Buenos Aires 1996.

de la carta fundamental, establece que la declaración de necesidad de reforma y la fijación de los puntos que podrán modificarse debe ser declarado por el Congreso Nacional con una mayoría especial de las dos terceras partes de sus miembros⁶ pero la reforma será llevada a cabo por una convención convocada a tal efecto.

A pesar de las muchas negociaciones con el radicalismo – principal partido de oposición - y considerando la prudente conveniencia que aconsejaba (bajo el estigma de la criticada reforma de 1949) que la mayoría especial de las dos terceras partes debía ser computada sobre la totalidad de los miembros de la cámara, esta mayoría solo fue conseguida a último momento a través del voto del Senador por San Juan Leopoldo Bravo (Partido Bloquista) quien luego de muchos titubeos decidió apoyar en general la propuesta oficialista.

La falta de consenso suficiente dada por la férrea oposición (hasta ese momento) del principal partido de oposición asestaron un golpe mortal al proyecto, que no contaba – ni siquiera remotamente – con los votos necesarios en la cámara de diputados.

Cuando la sociedad pensaba que el proyecto finalmente había abortado y que el presidente vería frustrados sus deseos de reelección un día lunes apareció en un diario de circulación general un artículo firmado por un periodista⁷ que daba cuenta de una supuesta reunión sucedida en la quinta de Olivos entre el presidente de la nación y líder del partido justicialista Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín líder del radicalismo, principal partido de oposición. A dicha reunión secreta habían asistido pocos hombres de confianza de ambos políticos y se había gestado en absoluta reserva e incluso sin conocimiento de muchos principales actores de la escena política nacional⁸.

Luego de mas de una semana de desmentidas públicas, los actores finalmente reconocieron la existencia de la reunión y el objetivo de la misma: acordar la reforma de la constitución nacional y sus puntos. Este hecho pasaría a la historia política argentina con el nombre de “pacto de Olivos”.

En este contexto histórico y político, los dos principales partidos del país evidenciaban – como es lógico suponer - intereses políticos e institucionales *comunes, diferentes y opuestos*.

Sin duda muchos de los nuevos institutos que fueron incorporados a nuestra constitución como los “Nuevos derechos y garantías” pueden clasificarse como de interés común a ambos partidos. Otros, sin embargo eran diferentes, como los que podían existir en torno a la naturaleza jurídica del ministerio público o de los organismos de control, ya que ambos partidos coincidían en la necesidad

⁶ Artículo 30 de la CN: La constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

⁷ Nos referimos al primer artículo sobre el pacto que apareció en el diario «Ambito Financiero» firmado por Carlos Pagni.

⁸ El propio presidente de la UCR, el senador por Misiones Losada reconoció públicamente que no estaba al tanto de las negociaciones ni conocía la fecha y lugar de reunión.

de su constitucionalización pero no en su ubicación funcional. Finalmente, existían intereses opuestos como el condicionante e irreductible interés del justicialismo por modificar la cláusula de elección presidencial. frente a la intención también condicional del radicalismo de flexibilizar el rígido presidencialismo argentino mediante cambios institucionales que lo acercaran al parlamentarismo europeo.

El problema de como posibilitar la reforma constitucional no se centraba – por supuesto - en los intereses comunes que los vinculaban, ni tampoco en los diferentes que podían ser superados a través de los mecanismos políticos conocidos, el problema se planteaba respecto de los intereses políticos opuestos. Aquí la desconfianza recíproca existente exigía acordar un mecanismo que vedara cualquier tipo de “traición” a lo largo del proceso constituyente.

¿ Que mecanismo podía garantizar al justicialismo la votación segura en la asamblea constituyente de sus intereses esenciales o condicionales sino obtenía mayoría propia en las elecciones de convencionales ? Por su parte, ¿ que mecanismo podía garantizar al radicalismo la votación segura en la asamblea constituyente de sus intereses esenciales o condicionales por cuyo valor estaba dispuesto a conceder los intereses esenciales del justicialismo siendo casi seguro que no obtendría mayoría propia en las elecciones de convencionales ?

Frente a soluciones a nuestro criterio mas respetuosas de las reglas del debate político⁹ el diseño jurídico de la reforma optó por la llamada “cláusula cerrojo” (artículo 5º de la ley 24.309) para encadenar los temas convenidos en el “núcleo de coincidencia básicas” (artículo 2º de la ley 24.309) es decir que se diseñó una norma jurídica que obligaba a todos los convencionales que fueran electos (no solo a los representantes de los partidos interesados) a votar por sí o por no un conjunto de temas, transmitiendo los compromisos políticos de las mayorías y sus desconfianzas recíprocas a las minorías ajenas al acuerdo.

Instintivamente esta norma nos produce rechazo, ya que no solo parecería estar encontrada con derechos fundamentales de las minorías sino especialmente con las reglas y los procedimientos del debate democrático. Por supuesto, vamos a requerir de mejores argumentos que los instintivos para descalificar seriamente a la misma. La teorías y reglas de la interpretación jurídica y constitucional contribuirán decisivamente para extraer conclusiones de validez aceptable.

⁹ Nos referimos a algunas propuestas surgidas con el mismo fin que las cláusula cerrojo como la de exigir una mayoría calificada para aprobar los temas contenidos en el núcleo de coincidencias básicas.

2. INTERPRETACIÓN. INTERPRETACIÓN JURÍDICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

a) De Kelsen a Dworkin

En términos generales, interpretar consiste en reconocer o atribuir un significado o un sentido a ciertos símbolos o signos (palabras, conductas, cosas). El intérprete es un intermediario entre los símbolos y el destinatario de su actividad. "Interpretandum" lo denomina Vernengo¹⁰: Explicandum, Alchurron y Bulygin¹¹.

"La tarea interpretativa supone la existencia de un texto, signo o símbolo que reviste ciertas características pero que además, requiere por parte del que la desarrolla, la asunción de una determinada perspectiva o punto de vista interpretativo que sea acorde con esas características o naturaleza del objeto a interpretar..."¹².

Emerge de lo dicho que la interpretación jurídica - por consiguiente- tiene por núcleo reconocer o atribuir un significado jurídico a ciertas conductas, palabras, textos y no se agota en el trabajo de exégesis lingüística destinado a saber que dice el texto, sino lo que se busca es inferir cual es la conducta prohibida, obligatoria o permitida.

Me estoy refiriendo a la interpretación jurídica entendida como interpretación del derecho y no de derecho, ya que como bien señala Letizia Gianformaggio¹³ la referencia es al significado que el derecho tiene no al significado que el Derecho es. En este sentido, cuando el jurista interpreta produce u organiza argumentos. Estos no son válidos o inválidos, sino mas o menos fuertes.

Pero como acertadamente destaca Aulis Aarnio en un trabajo sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica¹⁴ hay que tener especialmente en cuenta que en la interpretación jurídica es significativa tanto la relación entre quien emite el texto (legislador) y quien lo interpreta (juez o funcionario) como la relación que el intérprete mantiene con los otros miembros de la comunidad jurídica.

El intérprete no es un intérprete autista, no puede aspirar a un resultado que lo satisfaga a el solo - como parecería ser el resultado al que llega el super juez ideal de Dworkin - tiene que procurar lograr aceptabilidad general en su resultado interpretativo, ya que en todo proceso de interpretación el elemento comunicación integrante del mismo conlleva necesariamente la interacción

¹⁰ Roberto Vernengo, *La interpretación literal de la ley*. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1971, pág. 61.

¹¹ Explicandum, Alchurron y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Edit. Astrea, Buenos Aires 1974, pág. 29.

¹² Rodolfo Vigo, *Interpretación Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, pág. 14.

¹³ «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio». en *Doxa*, N° 4, Madrid 1987.

¹⁴ *Doxa*, N° 4, Madrid 1987.

social: del legislador al intérprete y de este a la comunidad social y viceversa. Esta interacción se basa en el hecho de que el derecho es un medio autorizado de poder social y los resultados de la interpretación determinan – en algún aspecto – el ejercicio del poder social en una sociedad dada.

Hasta aquí, nuestra visión de la interpretación jurídica como género y de la interpretación jurídica constitucional como especie nos conduce a la búsqueda del derecho en el texto.

En similar sentido Carlos Nino sostiene en su obra *La Validez del Derecho* que el razonamiento del intérprete es justificatorio y le permite inferir un juicio valorativo o normativo que evalúa, fundamenta o guía en un cierto sentido a una acción. Es que sin desconocer el importante aporte realizado por las teorías procedimentales que solo admiten una racionalidad sin asumir compromisos axiológicos relevantes, como bien destaca Aulis Aarnio “además de los rasgos racionales, en la interpretación jurídica se confiere una posición central a la teoría de los valores, especialmente a la teoría de la justicia”.

Desde la teoría pura de Kelsen con su irracionalismo en la elección interpretativa hasta la teoría herculeana de Dworkin, descubridora de la solución correcta para los casos planteados, cada filósofo del derecho - a su modo - ha rechazado la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica la repite abstracta o mecánicamente, sin hacer aporte innovador alguno para el ordenamiento jurídico. Asimismo, se ha intentado establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo.-

En este contexto, el equilibrio entre “valoración” y “racionalidad” u “objetividad” en la tarea interpretativa bien puede justificar el desacuerdo o la división entre distintos sectores o integrantes de la comunidad aunque imaginemos una comunidad “idealmente racional”. Esto nos obliga a extremar el equilibrio apuntado en la función interpretativa ya que cada ciudadano tiene derecho que su demanda de protección jurídica sea respetada por la maquinaria estatal a partir de un ejercicio razonable de la jurisdicción.-

Alf Ross, decía que sobre el intérprete operan normalmente dos fuerzas motivadoras: la conciencia jurídica formal, o deseo de respetar el contenido de la norma jurídica, y la conciencia jurídica material, o deseo de hacer justicia de acuerdo con la propia concepción del intérprete. Según las diferencias de magnitud de cada una de estas fuerzas, el jurista leerá la ley de un modo literal, le aplicará los principios de leyes análogas, retorcerá sus palabras de tal modo que permitan entender otra cosa o afirmará lisa y llanamente que la norma es inconstitucional y no debe ser aplicada ni obedecida. Por supuesto que el interrogante que aquí se abre es serio y nos remite a los límites de la interpretación: ¿el derecho es lo que los intérpretes dicen que es? ¿para qué sirve la ley? ¿no hay límite alguno para la interpretación de la ley?

Sí, lo hay. Y muchas reglas jurídicas y filosóficas convergen en ella. Aunque, cabe reconocer, que su mayor o menor definición estará dada por gran cantidad de factores. Hart planteó magistralmente el concepto de elasticidad interpretativa

con un ejemplo deportivo, en el mismo sentido Guibourg acude a otra imagen apropiada para comprender la situación. “La goma es elástica: si ejercemos alguna presión sobre ella, cambia de forma. A mayor presión, mayor es la deformación. Pero esta circunstancia también puede leerse a la inversa: cuanto mayor sea la diferencia entre su forma original y la que queramos darle, más presión será necesario ejercer sobre ella. Y, llegado un límite difícil de establecer pero siempre presente, la goma se corta o estalla”

“Los juristas pueden proponer cualquier interpretación de la ley. Algunos, de hecho, sugieren interpretaciones que otros juzgan disparatadas. Pero, en la mayoría de los casos, buscan no traspasar ciertos límites difusos. El abogado plantea sus propuestas de tal modo que el juez pueda ser convencido y, en el peor de los casos, que no suscite sanciones por temeridad o malicia. El juez, de tal manera que el superior no revoque su decisión o, en el peor de los casos, que sus pares no lo critiquen por ignorante o arbitrario. Cuando la motivación es grande (esto es, cuando la conciencia jurídica material de la que hablaba Ross ejerce mucha fuerza), tal vez uno y otro lleguen a arriesgarse mucho más. Pero, en cualquier supuesto, la interpretación elegida tiene un marco social, fuera del cual el abogado es sancionado y el juez puede enfrentar un proceso de destitución y ser juzgado por prevaricato o, al menos, sufrir el descrédito público”¹⁵.

En esta difícil tarea de objetivizar criterios valorativos que puedan ser compartidos por la comunidad se nos hace presente inmediatamente, con especial aplicación a nuestro caso de análisis, el principio democrático de la voluntad mayoritaria. Si bien el mismo adolece de muchas debilidades, no podemos desconocer la fortaleza conceptual que encierra. Sin perjuicio de ello, no es el único principio que edifica – utilizando la terminología de Guibourg - el “modelo descriptivo” de nuestro sistema¹⁶.

b) El dilema de la “verdad” constitucional y de los modelos descriptivos.

En el muy interesante trabajo de Ricardo Guibourg citado en la nota anterior este autor reflexiona en torno a las dificultades que para la teoría general del Derecho conlleva la ley inconstitucional, como especie del género de casos en los que una norma inferior se halla en conflicto con la superior.

¿Con qué fundamento jurídico predicamos la existencia o validez de una norma que entendemos contraria a la Constitución? ¿con qué razón entendemos válida una decisión judicial de última instancia que consideramos equivocada? ¿Existe una verdad constitucional?

¹⁵ Ricardo Guibourg, «Notas publicadas, suplemento Filosofía y Derecho, en www.albrematica.com.ar/dial/

¹⁶ Ricardo Guibourg, «Lenguaje, Constitución y modelos descriptivos», en *Deber y saber*. Fontamara. Méjico 1997, pág. 137.

Muchos filósofos del derecho intentaron resolver estos interrogantes. Para Hans Kelsen la norma superior establece el modo y el contenido con el que han de crearse las normas inferiores, pero al hacerlo admite siempre una alternativa directa, que goza de preferencia y es la expresada en su texto, y una alternativa débil, implícita o indirecta, que es la clase complementaria de la primera. Si una norma constitucional da «preferencia» a lo que en ella se lee, pero también admite implícitamente cualquier otro contenido la diferencia entre ambas alternativas ha de ser relevante o bien la norma superior carecerá de todo significado (en el sentido de que será satisfecha por cualquier estado de cosas). Kelsen encuentra una manifestación de preferencia en que la norma inferior «irregular» (encuadrada en la alternativa implícita) puede ser derogada (anulada, revocada) por los tribunales; pero no considera que la norma «regular» también puede serlo. Su posición, pues, resulta en la vacuidad completa de la norma superior.

Para Hart una vez instituido un órgano con competencia para interpretar la norma superior, el contenido de ésta depende de las decisiones de aquél. Pero tales decisiones, a su vez, se enmarcan en un contexto político que les sirve generalmente de límite. Una interpretación que traspase groseramente aquel marco implica, de hecho, el riesgo de desobediencia o destitución. Claro que, si ella persiste y es acatada, el órgano interpretador habrá introducido una modificación en las reglas del sistema. La tesis de Hart admite el poder acaso devastador que la función interpretativa acuerda al órgano judicial, pero recuerda que el sistema normativo no funciona en el vacío, sino alimentado y condicionado por diversas circunstancias de la vida social.

Bulygin busca en cambio un modo de describir la situación a partir del propio sistema jurídico. Para eso distingue el concepto de pertenencia del de aplicabilidad: a veces son aplicables normas que ya no pertenecen al sistema (ultraactividad de leyes derogadas) o que jamás pertenecieron a él (leyes extranjeras en casos regidos por el derecho internacional privado). El supuesto de la ley inconstitucional es semejante a este último: ella no pertenece al sistema, que se integra con las normas originarias que se identifican por enumeración, con las normas delegadas que se identifican según el criterio de legalidad y con las consecuencias lógicas del conjunto que se identifican por el criterio de deducibilidad; y sin embargo es aplicable en virtud de la decisión de un órgano competente. Si una norma (no originaria) es aplicable, será porque alguna otra norma perteneciente al sistema le otorga tal estatuto, ya sea en general, ya sea para un caso individual.

Y esta circunstancia, que encaja en lo que Kelsen y Hart llaman validez, no deja en el esquema de Bulygin de depender del contenido de las normas que integran el sistema. Es verdad que Bulygin elimina de su concepto de sistema las normas individuales, por lo que las decisiones aisladas de un tribunal quedarían (sólo por definición) privadas de efecto sobre el sistema mismo. Pero, si el órgano fuera un tribunal constitucional cuyas decisiones surtiesen efectos erga omnes, el problema quedaría reinstalado en los términos originales.

En suma, la situación de las normas aplicables no es fácilmente escindible de la que rige las normas pertenecientes; y la dificultad consiste precisamente en explicar cómo una norma perteneciente al sistema pueda disponer la aplicabilidad de otra no perteneciente, cuando esta última adolece de irregularidad por la autoridad que la promulgó, por el procedimiento con que fue creada o por su contenido incompatible con el de la primera norma.

Pero entonces, si concluyéramos que no hay una verdad constitucional ¿depende todo de los juegos del poder? Si existiera esta "verdad" dependería también de los juegos de poder al estar condicionada en su validez a la declaración judicial? ¿es el problema de la ley inconstitucional, como en general los que derivan de la tensión entre realismo e idealismo normativos, insoluble como el autor que seguimos en este punto afirma?

Pero a los fines del planteo que nos hemos impuesto, nos interesa destacar el concepto de "modelos descriptivos" que elabora Guibourg. Dijimos oportunamente que el intérprete es un intermediario entre los símbolos y el destinatario de su actividad. Esto requiere de un proceso de codificación en el emisor y otro de decodificación en el receptor. Pero empíricamente sabemos que es raro que dos personas hablen exactamente el mismo idioma, es decir que asignen los mismos significados a las mismas palabras o símbolos.-

A partir de esta premisa el autor formula una comparación entre el código lingüístico y la interpretación legal o constitucional. Esta comparación no proviene sólo de advertir que la comprensión de las normas es una función decodificadora; tiene por objeto destacar que tanto el lenguaje como la ley se conocen mediante la construcción de modelos descriptivos, que procuran clarificar al menos los puntos de la realidad descripta más cercanos a la experiencia o a los intereses del usuario.

El trazado de tales modelos no es arbitrario. Se construyen tomando en cuenta el modo en que los demás hayan construido sus propios modelos equivalentes, así como la eficacia que el modelo elegido vaya demostrando en la explicación y en la predicción de los acontecimientos. Existe, pues, una considerable presión de la vida cotidiana en favor de la coincidencia de los modelos y del consenso que amplíe la intersección de unos con otros.

Tal es la situación para el autor en materia de interpretación constitucional. Hay una Constitución escrita cuyo texto todos conocemos que constituye un punto de partida. Las interpretaciones que se hacen de ese texto son tan diversas y cambiantes que calificarlas de verdaderas o falsas, de correctas o incorrectas se vuelve, más allá de nuestras propias opiniones, más una aproximación estadística que un ejercicio de la razón.

Así, para Guibourg, como ocurre con el lenguaje, hay potencialmente tantas "constituciones" (es decir modelos descriptivos de la Constitución) como personas. Pero la construcción de tales modelos deben ser "razonables" no arbitrarios, ya que el modelo que elijamos debe mostrar alguna aptitud para ser invocado con algún grado de aceptación ante terceros. Esto conduce necesariamente a la edificación de consenso, es decir a incorporar en el "modelo

propio" datos provenientes de "modelos ajenos".

A partir de estas profundas consideraciones del autor, las que hemos sintetizado a los fines de nuestra tarea bajo la expectativa de no haberlas desnaturalizado, nos surge un interrogante que, si bien no aspiramos a develar en este trabajo, procuramos dejar planteado conjuntamente con algunas reflexiones que sirvan para que el lector construya sus conclusiones.

¿Podemos hablar de un "modelo descriptivo" de la Constitución? o dicho de otro modo ¿posee la Constitución su propio lenguaje? Ajustando el interrogante ¿contiene la Constitución un modelo descriptivo básico que sustenta los modelos descriptivos "razonables"? ¿un modelo descriptivo constitucional unitario o personal es "razonable" a partir del consenso que logre reunir o en función de su edificación en torno de determinados componentes básicamente aceptados?

Creemos que la actividad interpretativa no puede apartarse de las condiciones generales que conforman el ordenamiento jurídico y su desarrollo histórico, ya que la labor del intérprete es distinta según sean las características del sistema jurídico que aborda.-

c) El Estado Constitucional de Derecho.

Para el Estado liberal el principal problema ha sido el de los límites ¿ hasta donde podía interferir en la vida de los ciudadanos ? Libertad de conciencia, de pensamiento, de prensa, inviolabilidad del domicilio, garantías del proceso aparecen como límites esenciales del Estado. En el Estado Constitucional de Derecho se reformulan totalmente los postulados del Estado liberal. Las conquistas sociales son asimiladas y el pluralismo se integra como elemento esencial, rebasándose progresivamente el aspecto formal del Estado liberal.-

Es que el elemento "pluralista" del Estado constitucional de Derecho conlleva una heterogeneidad que impide considerar el ordenamiento como algo preestablecido. "... es la Constitución ahora la que debe reconducir a unidad esa pluralidad. Es la constitución en definitiva la que permite reconstruir el ordenamiento, de ahí la trascendencia que adquiere en esta nueva situación la interpretación constitucional"¹⁷.

Así, la interpretación constitucional ya no puede ajustarse a los límites estrictos de la interpretación de la Constitución, esta es solo el núcleo de la primera. La constitución es el germen de la reordenación del sistema jurídico que solo se produce desde los principios y valores constitucionales. En el Estado Constitucional de Derecho la Constitución no es un cuerpo que se impone al intérprete como una verdad revelada sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y extiende para renovar constantemente esa conciliación social.

¹⁷ María Luisa Balaguer Callejón, citando a Zagrebelsky, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid 1997.

Se comprende entonces la diferencia en la concepción de los procedimientos interpretativos en ambos modelos de Estado. De la interpretación concebida como una fórmula para determinar la voluntad del legislador se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho. En una democracia pluralista, la interpretación de la Constitución no puede ser algo distinto de la interpretación del derecho. O la interpretación es una mera técnica de determinación de una voluntad soberana o es el resultado de un proceso de integración de intereses y valores abierto a la sociedad y al ordenamiento.

Así las cosas, la interpretación de las normas en el Estado Constitucional de Derecho debe efectuarse considerando los principios y valores por los que la sociedad se rige que se encuentran contenidos en su texto escrito. A este respecto es importante considerar el proceso por el que se lleva a cabo la formación de la voluntad constituyente en el que quedan establecidos dichos valores. Es decir, cuales fueron los valores privilegiados por la comunidad. En igual sentido Nino nos habla de "proceso convencional" los que pueden iniciarse o no – téngase presente los casos de Inglaterra o Israel- con la sanción de un texto¹⁸.

Así, el pacto social aparece como una de las limitaciones a la actividad interpretativa, ya que al intérprete no le está permitido interpretar por encima del texto so pena de incurrir en la ilegitimidad constitucional. El proceso de formación del pacto social adquiere importancia en la actividad interpretativa, de ahí la necesidad de conocer las condiciones en que se produce. Por supuesto, esta explicación histórica del pacto constituyente no ha inspirado a las formaciones teóricas autosuficientes en explicar un sistema jurídico, como las teorías de Kelsen; Hart o Rawls.

d) Solo un breve comentario sobre Constitución y reforma.

La división del poder que se consagra en las constituciones democráticas y el sometimiento del legislador al control constitucional facilitan el sometimiento de los poderes del estado a la Constitución, diferenciándose claramente el poder constituyente y el constituido.

Distinta es la cuestión entre poder constituyente originario y derivado. Aquí nos encontramos ante un poder que aparenta tener la misma naturaleza y que da lugar a normas que se integran plenamente dentro de la propia Constitución. Sin perjuicio de las importantes teorías que identifican reforma y constitución, a nuestro criterio nos encontramos ante dos poderes de distintas naturaleza, ya que la constitución no está sometida en su aprobación a los límites jurídicos que rigen para el poder de reforma.

¹⁸ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires 1984.

De esta manera, si constitución y reforma tienen distinta naturaleza esto supone que la interpretación de la Constitución está sometida a condicionamientos claros derivados de su propia normatividad. La exigencia procedimental que supone la reforma implica el sometimiento de todos los poderes constituidos a la Constitución. El texto de la Constitución constituye el límite mismo de la actividad interpretativa.

e) Interpretación y derechos humanos.

Cuando hablamos de los derechos humanos en relación con la interpretación de las normas jurídicas hacemos referencia a la interpretación específica de un determinado tipo de normas que el constituyente ha querido reforzar tanto en su fase de elaboración como de aplicación porque las ha considerado más importantes. En tal sentido, adviértase la jerarquía constitucional que han adquirido los tratados sobre derechos humanos en la Constitución argentina por imperio del artículo 75 inciso 22.-

Exigencias como la tutela reforzada en su ejercicio o el establecimiento de mayorías calificadas para su modificación constitucional, así como la obligación de un sentido interpretativo determinado por el marco internacional hacen de los derechos humanos objeto de especial consideración en la interpretación de las normas.-

Asimismo, respecto al plano interpretativo en relación con los derechos humanos adquiere especial significación la actividad del poder judicial en relación con el respeto de estos en la tramitación de los procesos, especialmente en el amparo a partir de la nueva dimensión que el instituto ha cobrado por imperio del artículo 43 de la Constitución Nacional.-

Nuestra propia Corte Suprema de Justicia refiriéndose a los derechos individuales pero de plena aplicación al principio que sostenemos, ha utilizado en casos como "Sojo" (fallos 32:125); "Elortondo" (fallos 33:193); "Lacour" (fallos 200:187) o "Pérez" (fallos 91: 56) esta distinción interpretativa al decir que el fin último de la Constitución es el de servir de palladium de la libertad, y que este fin de protección de los derechos individuales debe ser tomado en cuenta como regla máxima de interpretación.

f) Las Convenciones interpretativas de Carlos Nino.

Para Nino¹⁹ muchos de los problemas sobre la elección de los criterios para interpretar la Constitución se desvanecen si consideramos que la práctica constitucional está integrada por las convenciones interpretativas de los jueces, los juristas y aún la gente en general.

¹⁹ *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires 1984, pág. 103 y sgtes.

Lo que tiene relevancia no es el texto en si mismo sino la práctica generada por ese texto en cuanto a esa práctica da lugar a expectativas y disposiciones que permiten que las decisiones que se tomen sean eficaces. Esta práctica en conjunto, constituida por regularidades de conductas y decisiones de diferentes órganos generados por un texto resultante de un acto constituyente fundador, se impone entre los principios valorativos y las propias decisiones o propuestas. "El respeto por estas convenciones tiene igual fundamentos y límites, aunque con diferente grado, que el respeto a la convención mas básica que prescribe observar el texto constitucional" .-

3. ALGUNAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

La doctrina sobre interpretación constitucional se ha ocupado de elaborar algunas reglas o directrices útiles para guiar dicha operación. Por supuesto, y mas allá de la validez general de estas reglas, las mismas están principalmente dirigidas al Poder Judicial, atento la relevancia que ofrece su interpretación en un sistema como el nuestro. No solo nos situamos en la perspectiva del poder Judicial sino que además reflexionamos pensando en el control de constitucionalidad, no porque interpretación y control sean equivalentes, sino porque no puede haber control sin interpretación.

a) Postulado de la eficacia o efectividad de la Constitución.

Esta directiva que parte de la característica normativa de la constitución y de su rango superior, ha sido puesta de relieve por varios autores bajo distintas denominaciones. En términos generales apunta a encauzar la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales sin distorcionar su contenido.

Cuando una disposición es susceptible de dos sentidos es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir alguno.

La Corte Suprema en el caso "Gedes Hnos" (fallos 95:334) sostuvo que "cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada y rechazarse como superflua y sin sentido".

De este postulado se deriva algunas conclusiones marcadas también por la propia Corte cuando ha sostenido por ejemplo en autos "Calvete" (fallos 1:300) que la "inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador, y por esto se supone como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto".

b) Postulado sistemático.

A los fines de facilitar la inteligibilidad de un cuerpo normativo es importante comprobar que el mismo no es un mero agregado caótico sino una totalidad ordenada o sistémica. En el caso de la Constitución esto se vislumbra si consideramos su procedimiento de gestación a partir de una voluntad histórica en pos de ciertos objetivos.-

La mirada del intérprete en este caso debe dirigirse no solamente a los expresos enunciados constitucionales sino también comprender toda la materia constitucional, aún aquella consagrada por otras fuentes del derecho. Al reconocerse que las regulaciones constitucionales configuran un sistema inmediatamente se verifica disposiciones de mayor o menor jerarquía.

En este sentido nos parece útil tener en cuenta la distinción planteada entre normas, principios y valores, cuando se identifica a la Constitución como un complejo de principios generalísimos que representan el núcleo central de ella; trata de los principios que mas directamente expresan los valores políticos en los cuales la Constitución encuentra su fundamento y por los cuales un determinado Estado se caracteriza de un modo peculiar²⁰.

Uno de los grandes beneficios que reditúa la visión sistemática de la Constitución es mostrar una coherencia aceptable entre sus distintos enunciados, armonizándolos o llegando a la eliminación o postergación de la norma de menor valor. La Corte ha reconocido la importancia de esta regla armonizadora al decir que “las cláusulas constitucionales no deben ser interpretadas de manera que las ponga en conflicto unas con otras, sino que las armonice y que respete los principios fundamentales que las informan” (fallos 236:103; 181:343)

Ahora bien, es posible que a pesar del esfuerzo el intérprete no logre el objetivo de superar incoherencias o de armonizar debidamente las normas. Esto nos conduce al debatido punto de la jerarquía de los derechos. La Jurisprudencia de la Corte Americana ha recurrido a la teoría de las libertades preferidas para privilegiar los derechos fundamentales de la Primera Enmienda. En definitiva, si a pesar de los esfuerzos interpretativos armonizadores se corroboran contradicciones o inconsistencias se tendrá que recurrir al manejo de normas constitucionales de mayor o menor valor y por vía del contrapeso axiológico superar las incompatibilidades emergentes.

En la doctrina constitucional Ekmekdjian y Bidart Campos han polemizado al respecto, es decir acerca de si procede o no efectuar una especie de jerarquía entre los derechos humanos que nuestra constitución reconoce. A pesar que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido ambivalente en este sentido, a nuestro parecer cabe reconocer esta jerarquía que descansa en razones éticas y antropológicas y que se justifica desde una visión sistemática de la constitución.

²⁰ Ver Rodolfo Vigo, Ob. Cit., pág. 119.

c) Postulado sobre la unidad del ordenamiento jurídico.

La moderna ciencia jurídica constituida en el siglo XIX presentará como una de sus banderas mas preciadas la de reconstruir racionalmente las diferentes normas jurídicas de la sociedad hasta conformar un sistema completo, coherente e independiente.

La exigencia de pensar y describir el derecho vigente en términos de un ordenamiento jurídico jerárquico, consistente y coherente no solo facilita su utilización por los juristas sino también cuenta con una fuerte apoyatura axiológica dado que la justicia y la seguridad no tolerarían un derecho contradictorio e imprevisible.

García de Enterría sostiene al respecto: “La constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas”²¹.

La doctrina del conocido caso “Strada” (fallos 308:490) tiende explícitamente a la sistemática y unitaria de la totalidad del derecho nacional, pues en dicha resolución luego de reconocer la facultad no delegada de las provincias a organizar la administración de justicia, advierte que tal ejercicio es inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras a las que las autoridades de cada Estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes.

d) Postulado que apela a la máxima funcionalidad del régimen político.

Hemos visto ya que la Constitución consagra decisiones políticas fundamentales y posibilidades por las cuales la sociedad se configura con un determinado orden político. Esta matriz no puede ser ignorada por los poderes a la hora de interpretar el texto a partir del ejercicio del control constitucional.

Esta funcionalidad del régimen político esta ligada al equilibrio de los poderes, de modo de buscar entre ellos la cooperación y destrabar cualquier situación de bloqueo que pueda suscitarse. El régimen político no solo requiere de este equilibrio, sino que en el ejercicio de las respectivas atribuciones, se respeten los requisitos formales, sustanciales y axiológicos previstos en la Constitución.

El tema así considerado guarda relación con lo que se ha dado en llamar la “fórmula política” la cual se construye en torno a la forma de Estado consensuada socialmente y diseñada en la constitución, e implica la unidad de directiva política de la acción estatal, pero además, la “fórmula política” está

²¹ Ver Rodolfo Vigo, Ob. Cit., pág. 127.

presente en la faz interpretativa de la constitución, favoreciendo la unidad de la constitución y la unidad política del Estado.

En gran medida, la conocida teoría de Jhon Ely se orienta a convertir al Poder Judicial en el verdadero y legítimo órgano que debe velar por la plena vigencia de la democracia republicana y representativa.

En definitiva, al intérprete jurídico le corresponde optar por aquellas alternativas que preserven y afiancen el régimen político, por eso es misión del tribunal evaluar las consecuencias posibles de sus sentencias teniendo en cuenta la precisa distribución de las fuerzas políticas parlamentarias y sus necesidades e intereses dado que finalmente esas decisiones en materia constitucional los transforma en copartícipes de la orientación política estatal.

Coincidimos con Vanossi²² cuando sostiene que nuestra Constitución, siguiendo en esto a la Norteamericana, ha querido que la Corte Suprema en cuanto intérprete final de aquella opere mas que como un Tribunal como un poder del Estado teniendo en sus manos el control de constitucionalidad. Por esto ha sido tan cautelosa la Corte a la hora de reconocer la facultad judicial de invalidar una ley recordando que no solo las leyes gozan de presunción de legitimidad que operan plenamente y que dicha atribución debe ser ejercida con sobriedad y prudencia únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indubitable.

El cuestionamiento constitucional incluye el supuesto de irrazonabilidad de las leyes o sea cuando arbitran medios que no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una inequidad manifiesta.

El cumplimiento acabado de esta función moderadora del régimen político necesariamente se vincula con la reducción o restricción para los poderes políticos de las llamadas "cuestiones políticas no justiciables" a las que ya hemos dedicado nuestro comentario²³ ya que como bien advierte Germán Bidart Campos "el no juzgamiento de las cuestiones políticas implica también declinar el ejercicio pleno de la función estatal de administrar justicia"²⁴.

e) Postulado de la consolidación de los valores constitucionales.

En toda Constitución se pueden desprender una serie de valores que informan y caracterizan su personalidad y naturaleza, pero claro que a veces esta dimensión axiológica apenas aparece reconocida, mientras que en otros casos hay una consagración explícita en su articulado y preámbulo. La Constitución Argentina encuentra un predominante contenido axiológico en relación a los derechos humanos expuesto en la parte dogmática y en todos los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional a partir de su

²² Jorge Vanossi, *Teoría Constitucional*, T. II, Buenos Aires .pág. 75 y sgtes.

²³ Jorge Alejandro Amaya, Ob. Cit.

²⁴ Germán Bidart Campos, *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Edit. Ediar, Buenos Aires 1986. pág. 758.

reforma de 1994. Así, nuestra Corte Suprema no solo los ha considerado los derechos esenciales del hombre (fallos 241:291) sino que les ha reconocido el carácter de anteriores al Estado (fallos 179:112) o preexistentes a cualquier ordenamiento estatal (fallos 302:1284).

Mas allá de las importantes y tradicionales polémicas generadas en torno al contenido valorativo constitucional cuya exposición mas clásica sea entre iusnaturalistas y positivistas, cabe reconocer que aún en aquellos que admiten la importancia de los valores consagrados constitucionalmente no se coincide si los mismos tienen un carácter sustancial o sólo formal.

Sin introducimos en esta polémica, queremos destacar en razón que lo consideramos extendible a los fines de nuestro trabajo, que la teoría de Jhon Ely a la que ya hemos hecho referencia, proclama un modelo que tiene por objeto el valor de la democracia, la participación y representación de los todos los sectores. Este valor participativo y representativo y la característica pluralista de nuestra democracia la entendemos de plena aplicación a la interpretación de nuestro ordenamiento constitucional.-

f) Postulado que propugna la atención de las consecuencias sociales.

Este postulado propone que si bien pesa sobre el intérprete la responsabilidad de buscar la justicia del caso no debe dejar de lado las exigencias y expectativas de toda la sociedad. Es decir, en el cálculo del intérprete deben aparecer no solo el reclamo de las partes involucradas en el caso sino también el reclamo por los intereses del llamado bien político común.

Se requiere por consiguiente una inteligencia previsora dispuesta a medir las proyecciones sociales globales y las proyecciones para los casos judiciales de las soluciones que se propugne. El mandato preambular de nuestra constitución de “afianzar la justicia” y “promover el bienestar general” exigen del intérprete no quedar atado al caso individual y elevarse a la proyección social y futura de los resultados interpretativos.-

g) Postulado que propugna el equilibrio entre la interpretación subjetiva y objetiva o entre lo estático y dinámico.

El tema del papel de la intención del legislador y en especial del constituyente en el proceso de interpretación jurídica es uno de los mas controvertidos y divide escuelas de pensamiento. Es bien conocido el enfrentamiento doctrinal en Estados Unidos entre originalistas y constructivistas o partidarios de un enfoque progresivo respecto de la interpretación constitucional.-

Evidentemente, el recurso de la historia en la interpretación puede ser utilizado con un sentido dinámico o estático, según se exija fidelidad al autor de la norma jurídica intentando poner a luz sus intenciones o si independizamos a la norma de la voluntad subjetiva del autor procurando objetivizarla.

En materia constitucional creemos que en la medida en que se planteen en forma expresa las alternativas descritas no cabe la elección unilateral de alguna de ellas, ya que debe procurarse – a nuestro criterio – encontrar una posición ecléctica. Y en esto seguimos a Vigo²⁵. En efecto, la Constitución es la norma jurídica suprema y fundacional del ordenamiento jurídico, destinado a perdurar en el tiempo, y el poder constituyente que la establece está por encima de los demás poderes.

Este carácter privilegiado que inviste la Constitución exige una ajustada prudencia interpretativa. Una lectura integral y axiológica del texto constitucional se impone para cumplir el doble cometido que proponemos: por un lado el respeto a la voluntad originaria y por el otro una respuesta apropiada al reclamo presente y futuro. Las enseñanzas clásicas acerca de la prudencia le asignan ese papel de puente entre las exigencias permanentes y universales y las exigencias coyunturales y concretas.

Una posición interesante que se inscribe en esta búsqueda de equilibrio es la sostenida por Ronald Dworkin con su distinción entre concepto y concepciones²⁶. Mientras los conceptos por su pretensión general son formulados de manera abstracta y corresponde al intérprete determinar en cada caso su contenido concreto y válido; las concepciones refieren a situaciones históricas individualizadas y por ende hay un sentido normativo ya definido que no deja margen al intérprete para variaciones.

h) Postulado que propugna la coordinación entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional.

El mundo asiste a un acelerado y aparentemente irreversible proceso de integración regional y continental que en gran medida ha puesto en crisis las clásicas teorías políticas y jurídicas. Este avance integrador conlleva necesariamente la formulación de instituciones y normas que pretenden valer de manera uniforme y por sobre las decisiones y sistemas jurídicos de los países comprometidos. Ya Miguel Ekmekdjian, antes de la reforma de 1994, anticipaba que sin la generación de un sistema jurídico comunitario autónomo de jerarquía superior a la de los distintos sistemas nacionales no había integración posible²⁷.

En un trabajo que efectuamos hace varios años y que hemos citado en el presente analizamos profundamente la incidencia del derecho internacional en nuestra constitución a la luz de la primera ratificación de tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto de San José de Costa Rica ratificado por la ley 23.054 de 1984 y a partir de allí integrante del derecho interno nacional; de la posición progresiva de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema

²⁵ Rodolfo Vigo, Ob. Cit, pág. 159 y sgtes.

²⁶ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Edit. Ariel, Barcelona 1984, capítulo 5.

²⁷ Miguel Ekmekdjian, «El nuevo tratado del Mercado Común del cono sur y la integración latinoamericana», en *La Ley* 1991-C.884.

consolidada en favor de la operatividad y jerarquía del derecho internacional a partir del conocido caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" y finalmente de la modificación del esquema de supremacía constitucional de nuestra constitución producido con la reforma de 1994 en favor del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de la integración.-

Por razones de brevedad nos remitimos al trabajo referenciado a los fines de un análisis profundo del punto, sin dejar de destacar el valor que para el intérprete constitucional de hoy posee la armonización del derecho internacional y el interno, ya que sin perjuicio de la integración de gran parte del derecho internacional como derecho interno argentino, la modificación del esquema de supremacía en favor de los tratados internacionales conlleva el sentido de privilegio de los principios internacionalmente aceptados, los que deben ser considerados por el intérprete con independencia de las normas aplicables al caso concreto.-

4. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA "CLÁUSULA CERROJO".

a) Algunas consideraciones sobre una realidad incontestable: la interpretación judicial del ordenamiento constitucional.

Dijo un famoso juez norteamericano "El Tribunal Supremo es la Constitución".

No podemos desconocer la realidad de nuestros días que evidencia la fuerte participación de los jueces en lo que se ha dado en llamar "la creación judicial del derecho", que ha llegado en Estados Unidos al extremo de que la Constitución tiene su apoyo verdadero en ciertos principios que los jueces han extraído del mundo extrajurídico de su propia cultura, de sus convicciones políticas, de sus ideas acerca de lo que tiene que ser la vida social y económica del país. En la medida que los jueces se apartan del texto constitucional para llegar a un resultado basado en su sentido intuitivo de justicia y derecho sus fallos a veces recuerdan la tradición histórica del constitucionalismo que nació como limitación del poder del gobierno mediante leyes escritas aplicables y derechos fundamentales de los individuos independientes del gobierno.-

Por supuesto que las consideraciones precedentes son – como principio – válidas para los sistemas del "common law", sin perjuicio de lo cual la importancia que ha cobrado el "Derecho Judicial" ha aumentado decisivamente en los sistemas jurídicos continentales.

"Si optamos, como hace Peces-Barba, por el enfoque de integrar la creación judicial del Derecho en el sistema de producción normativa del ordenamiento, tal creación ya no se sitúa en oposición antagónica con la ley, sino en armonía con ésta y con los restantes tipos de normas que se integran en la unidad del ordenamiento. Hoy, ... la creación judicial del derecho es reconocida y aceptada desde la Teoría del Derecho, Teoría del ordenamiento jurídico, como una realidad

existente en los sistemas jurídico-positivos de derecho continental”²⁸.

La conversión del texto constitucional en la clave normativa del sistema afecta el funcionamiento de todo el sistema jurídico general, tanto por la inevitable interpretación del sistema “conforme a la Constitución” como porque como bien ha expuesto García de Enterría la interpretación conforme a la Constitución va a imponer el criterio interpretativo por principios generales, por cuanto la identificación de los principios constitucionales va a remitir constantemente a un cuadro de valores que no por genéricos o imprecisos habrán de ser menos operativos. Así, - y como acertadamente a señalado Krüger - cuando antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy la ley solo vale en el ámbito de los derechos fundamentales.-

Pues bien, en un marco constitucional como el descripto la existencia de un Tribunal Constitucional (por control concentrado) o Supremo (difuso) afianza y arraiga el papel rector de la Constitución, ya que no podemos negar que una Constitución sin un Tribunal final que imponga su interpretación es una Constitución inerte, que puede ligar su suerte a la del partido en el poder que impone en éstos casos por simple prevalencia fáctica la interpretación que conyunturalmente es mas conveniente.-

b) El caso “Romero Feris”. El voto mayoritario. El voto concurrente y la disidencia.

El “núcleo de coincidencias básicas” que contuvo trece diferentes temas y la “cláusula cerrojo” (normas acordadas en el “pacto de Olivos”) fueron reproducidas en el texto del proyecto de ley de declaración de reforma constitucional que finalmente se convertiría en la ley 24.309.

Sancionada la misma, y previo a la reunión de la convención constituyente, algunos legisladores de partidos de oposición que habían votado en contra de las mismas y cuestionado su constitucionalidad por sostener que tales normas violentaban sus libertades de conciencia, expresión y voto al afectar las reglas del sistema político, las impugnaron judicialmente.

Tal el caso de los diputados Barcesat (Frepaso) y Polino (Partido Socialista) y del senador Romero Feris (Partido Autonomista). Sin ingresar en mayores detalles sobre las cuestiones procesales de los expedientes, lo que excede el marco que nos hemos fijado en este trabajo, nos parece importante analizar brevemente lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Romero Feris José A. c/ Estado Nacional s/ amparo”²⁹. Es importante aclarar que cuando el Alto tribunal dicta el fallo la Convención Constituyente ya se había reunido y aprobado su reglamento interno, en el cual había reproducido textualmente la “cláusula cerrojo”³⁰.

²⁸ Francisco Fernandez Segado, *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional*. Ediciones Jurídicas, Lima 1995. pág. 149.

²⁹ CS. 1 de julio de 1994. R 292 XXVIII.

³⁰ Artículo 159 del Reglamento Interno de la Convención Constituyente.

La acción judicial fue rechazada por el Tribunal con fundamentos de procedimiento en una breve sentencia, apelando a la doctrina de la Corte que dice que a los fines de la admisibilidad de la apelación extraordinaria debe atenderse a las circunstancias existentes al momento de la decisión³¹. La mayoría consideró que la cuestión se había tornado “inoficiosa” ya que – como aclaramos precedentemente – al momento de dictarse la resolución ya la Convención Constituyente había regulado la cuestión motivo de la impugnación, por lo que el juzgamiento de la norma se tornaba abstracta. A pesar de esta brevísima resolución, podemos intentar algunas reflexiones interpretativas en torno al voto de la mayoría.

Es cierto que formalmente la causa había mutado, ya que la norma rechazada (artículo 5° de la ley declarativa) había sido superada por la decisión de la convención de cómo votar el “núcleo de coincidencias básicas”, pero dicha decisión en nada cambiaba la cuestión de fondo ya que la asamblea constituyente había reproducido textualmente el artículo 5° en su reglamento interno (artículo 127 originalmente y finalmente 129) por lo que como primer paso bien podríamos preguntarnos si la decisión de la Corte no es excesivamente formalista. Por otra parte, el fallo nos inunda de dudas ¿ puede el congreso en uso de las facultades que le confiere la constitución para declarar la necesidad de reforma determinar como deberán votar los constituyentes? ¿ corresponde dicha atribución a la convención? ¿ está diciendo esto la Corte? ¿ está negando la corte la posibilidad de revisar judicialmente las normas de la convención?

Asimismo, en dicho fallo dos votos concurrieron manteniendo el rechazo por cuestión inoficiosa pero desplegando un argumento que merece un comentario individual. A criterio de estos jueces³² “...en las circunstancias descriptas no existe justificación para admitir la requerida intervención del poder judicial en un proceso seguido y concluido por los órganos de carácter político que ejercen el poder constituyente, en el que ninguno de estos evidenció la existencia de conflicto” “...de no adoptarse tal temperamento un miembro individual de cualquiera de esos órganos se hallaría en situación de obtener la resolución judicial de cuestiones propias de la esfera del poder político, antes de que estas fueran decididas dentro de su cauce específico – como acontece en el caso – después de haber sido resueltas mediante el procedimiento político normal...” “Lograría, de tal modo, el auxilio de los jueces para imponer una postura individual, de cuyo acierto no pudo persuadir a sus colegas...”.

Como se advierte el voto de concurrencia avanza sobre el criterio procesal de rechazo de la mayoría sobre la base de dos argumentos que no resultan aplicables – a nuestro entender – al caso en análisis.

³¹ Voto de la mayoría integrada por los Ministros Ricardo Levene (h); Augusto Belluscio; Gustavo Bossert; Enrique Petracchi y Julio Nazareno.

³² El voto en concurrencia corresponde a los Ministros Guillermo Lópe y Eduardo Molliné O’Connor.

La primera conclusión de la concurrencia nos dice: en los procesos seguidos por los órganos políticos si ninguno evidencia la existencia de conflicto entre ellos no cabe la intervención del poder judicial ¿ es esto así realmente? ¿ se trata de una interpretación de las cuestiones políticas no judiciales? ¿ la intervención del poder judicial solo se justifica cuando existe colisión entre los órganos? ¿qué papel juegan los representantes del pueblo? ¿que resguardo le reserva a las minorías esta argumentación?

La segunda afirmación complementa la primera al sostener: las minorías no pueden pretender revertir judicialmente su posición cuando resultaron vencidas dentro de los cauces del procedimiento político normal. ¿de esto se trataba el caso? ¿ cuestionaban las minorías el acierto de la reforma? ¿se pretendía imponer una o varias posturas individuales? ¿ que se entiende y cuales son los alcances del procedimiento político normal? ¿ el que respeta los procedimientos formales? y si esto último es así, ¿ basta con que los procedimientos formales del proceso político sean respetados para considerar válidos y legítimos sus resultados? ¿ garantizaban adecuadamente las normas impugnadas la expresión y voto de la voluntad minoritaria?

Creemos que el voto de concurrencia – al menos en este punto - yerra la óptica de análisis. El caso había abierto la discusión sobre el cumplimiento y resguardo de los principios y las reglas del debate político democrático, y requería por este hecho un examen estricto de constitucionalidad. El razonamiento de la concurrencia conduce a dejar en abierto desamparo a dichos principios y a las minorías, al resolver la cuestión sobre la base de una dogmática interpretación del principio de las mayorías y en desconsideración – a nuestro criterio – de los postulados que indican la máxima funcionalidad del régimen político y la consolidación de los valores constitucionales.-

No resulta aventurado sostener que el pensamiento de estos magistrados reflejan un “poder judicial dependiente de la voluntad de las mayorías” cuando justamente “...una de las principales funciones de la magistratura debe ser la de proteger a las minorías frente a los eventuales desbordamientos o “apasionamientos” mayoritarios...”³³ tal la preocupación ínsita en el corazón del concepto de independencia judicial. Existe en este voto un claro alineamiento de la justicia con la voluntad de los órganos políticos que puede o no coincidir – al decir de Gargarella - con la voluntad de las mayorías en razón de la llamada “crisis de representación” que ha dejado en evidencia la falta de correspondencia que existe en muchos casos entre la voluntad de los ciudadanos y las decisiones de los representantes.

Ya sea que los conceptos judiciales que analizamos constituyan una dependencia de la voluntad de los órganos políticos dissociada de la voluntad mayoritaria o no (como dijimos resultaría difícil determinar a ciencia cierta si el

³³ Para una lectura pormenorizada de este tema, ver Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno (Sobre el carácter contramayoritario al Poder Judicial)*, Edit. Ariel, Buenos Aires 1996, capítulo 9.

proceso de la reforma constitucional de 1994 contó con un apoyo popular mayoritario)³⁴ lo concreto es que la solución alcanzada y el fundamento que la sustenta (nos referimos a los fundamentos en comentario) tiene conceptualmente consecuencias de suma gravedad para las minorías al desviar la mira del control de constitucionalidad, situándolo fuera de la preocupación por proteger las reglas del debate democrático y en apoyo de las mayorías.

El fallo que comentamos también contó con una disidencia³⁵ que resolvió en forma diferente la cuestión y que mas allá de la resolución procesal, ingresó en el fondo del planteo. Al respecto el juez disidente abordó el tema – según nuestra forma de ver – desde el punto cardinal correcto: “No está en debate el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego”³⁶.

A partir de este concepto genera el interrogante de: ¿cómo los representantes del pueblo habrían de ejercer el mandato del mismo? Siguiendo esta línea conductiva ingresa en el contenido de la representación política, sosteniendo que es esencial al constitucionalismo moderno que la misma se desarrolle libre y sin ataduras para el representante “el concepto de representación política solo se halla plenamente vigente cuando, definidas las fronteras del debate, el representante es libre de toda restricción”³⁷. Estas fronteras, al decir del juez, imponen el único límite que el Congreso puede fijar a los convencionales constituyentes cuando declara la necesidad de la reforma constitucional y establece las normas que podrán ser modificadas.

Dichas fronteras delimitan el accionar de la constituyente y al mismo tiempo fijan su soberanía. Son su territorio con sus fronteras. Dentro del mismo no reconoce otro poder soberano, fuera del mismo pierde poder por ausencia de competencia. En base a este razonamiento la disidencia concluye que la norma cerrojo contenida en el artículo 5° de la ley declarativa de la reforma de 1994 es inconstitucional al imponer a los convencionales constituyentes un mandato imperativo que “...quebranta los procedimientos regulares que legitiman la reforma...” y “...hace abrasión del sistema representativo...”³⁸.

Asimismo, la disidencia avanza aún mas sobre la cuestión sometida a su consideración al rechazar la posibilidad sostenida por la mayoría de la Corte de que la causa se hubiera tomado “abstracta” por haber resuelto la convención la cuestión debatida al dictar su reglamento interno, rechazando en el punto la

³⁴ No podemos concluir que la reforma fue mayoritariamente apoyada por el pueblo por el sólo hecho que en la elección de constituyentes predominó la elección de los representantes de las fueras que apoyaban las cláusulas impugnadas. Para extraer que existía entre los votantes sobre las propuestas de reforma. Justamente las principales encuestas de opinión de aquella época demostraban poco interés y conocimiento del electorado sobre la reforma propuesta.

³⁵ La disidencia correspondió al Ministro Carlos Fayt.

³⁶ Considerando 12 de la disidencia.

³⁷ Considerando 16 de la disidencia.

³⁸ Considerando 21 *in fine* de la disidencia.

doctrina de las cuestiones políticas no judiciales y adhiriendo a un a un pleno control de constitucionalidad sobre los actos de los órganos deliberativos³⁹.

Obviamente nos acercamos mas a la postura sostenida por la disidencia que se orienta en torno a las reflexiones y conceptos sobre los que gira el trabajo. Sin perjuicio de lo cual, la misma nos despierta algunos interrogantes actuales que por supuesto exceden el mismo.

El desarrollo intelectual del voto se edifica sobre la concepción anglo norteamericana de la representación política delineada durante el siglo XVIII, al que adhería en forma pura nuestra constitución de 1853/60. El artículo 22 de nuestra Carta Fundamental es fiel reflejo de esta doctrina clásica o “conservadora” para la cual el poder se concentra en una minoría (los representantes) que deben ejercerlo en miras del bien común libremente y sin ataduras⁴⁰.

Mas allá de la interesante crítica que se ha formulado sobre esta doctrina “conservadora” y sus efectos⁴¹ cabe preguntarnos si a partir de las modificaciones introducidas en 1994 a la constitución nacional esta teoría clásica de la representación se mantiene en pleno apogeo o si se ha visto modificada, atemperada o contradecida (y cuales son sus efectos) por la introducción de mecanismos institucionales como la iniciativa popular y la consulta popular que – mas allá de su designación clásica de mecanismos de democracia semi-directa – se engloban dentro de la concepción de la democracia deliberativa que fomentaba Carlos Nino⁴².

Es que justamente uno de los permanentes cargos que realiza la ciudadanía a sus representantes consiste en relegarlos del sistema político. Como sostiene Fishkin “Una versión totalmente defendible de la democracia debe satisfacer simultáneamente tres condiciones: debe lograr la igualdad política, sus decisiones deben incorporar la deliberación y debe evitar la tiranía de la mayoría”⁴³. Por esto, bien cabe preguntarnos, permitiéndonos un pequeño recreo en relación al tema del trabajo, sobre que expectativas podemos tener los ciudadanos en nuestro sistema a partir de la incorporación de los nuevos mecanismos de participación y si esta tendencia será acrecentada por medio de otros canales legales que tiendan a promover la discusión y afiancen la representación.

³⁹ Considerando 22 de la disidencia.

⁴⁰ Ver considerandos 15 y 16 de la disidencia.

⁴¹ Roberto Gargarella, *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Miño y Dávila Editores, Buenos Aires 1995.

⁴² Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa, Barcelona 1997.

⁴³ James Fishkin, *Democracia y Deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*. Edit. Ariel, Barcelona 1995, citado por Lelia M. Sirotsky, en *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, N° III, Buenos Aires, abril 1998, pág. 200.

5. BREVES CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo hemos intentado retomar el análisis de una norma del ordenamiento constitucional argentino que intuitivamente, desde algunos aspectos de la temática de la interpretación del derecho y en especial de la interpretación constitucional, se levanta ante el lector como de dudosa constitucionalidad.-

Hemos procurado también proveer de algunos argumentos doctrinarios para que quien se interese en el tema pueda formarse propia opinión interpretativa de la cláusula que denominamos en crisis.

Asimismo, no hemos evadido nuestra opinión por cierto, respecto de una norma que desde nuestra visión interpretativa lesionaba derechos fundamentales de las minorías y especialmente las reglas del proceso democrático, limitando indebidamente los ámbitos de reflexión, entorpeciendo – sin rédito alguno - las vías que refuerzan la representación y coartando el brazo ejecutor de la representación clásica: el voto.

El origen y el motivo de las normas criticadas lo encontramos – como muchos de sus principales actores lo reconocieron públicamente – en las desconfianzas recíprocas de los partidos políticos mayoritarios que – quizás con una visión excesivamente egocéntrica – no tuvieron reparo en imponer jurídicamente a las minorías los compromisos políticos sellados por ellas como mayorías.

Esta conducta normativa – como dijimos en el inicio – se nos presenta instintivamente reprochable a todos aquellos quienes, por diferentes circunstancias, podemos mantener una distancia prudente de los intereses en juego. Esperamos haber aportado argumentos y reflexiones que contribuyan a reforzar el instinto.

Pero asimismo, si las normas en crítica encuentran clara tensión en un sistema constitucional que abreva en la representación clásica como lo es (o lo fue) el sistema diseñado por la constitución de nuestros “padres fundadores”, con mas razón se encuentran enfrentadas con la visión participativa y reflexiva de una democracia que favorezca los canales e instrumentos de la deliberación, como forma de acortar distancias entre el pueblo y sus representantes; de reforzar la representación; de poder distinguir los distintos “momentos” por los que transita la historia de una nación.

Nos hemos formulado muchos interrogantes a lo largo del trabajo. No podemos presumir de haber encontrado respuesta para todos. Pero a pesar del esfuerzo impuesto en alguna medida sigue flotando una pregunta que ya formuláramos ¿Con qué fundamento jurídico predicamos la validez de una norma que sabemos contraria a la Constitución? ¿con qué razón entendemos válida una decisión judicial de última instancia que consideramos equivocada?

Como no puede ser de otro modo no tenemos la respuesta. Pero nos gustaría a modo de colofón finalizar el trabajo con una reflexión de Ricardo Guibourg que nos parece muy adecuada a este respecto: “El tema ha sido

analizado por diversas opiniones... Pero la identificación del problema mediante su circunscripción a la ley inconstitucional parece, por lo pronto, demasiado optimista. Exactamente los mismos interrogantes se plantean frente a una ley constitucional, que puede ser tachada de lo contrario ante el tribunal competente y declarada por éste inconstitucional. Mientras tal cosa no ocurra, cada cual asume - a su riesgo - su propia opinión acerca de la mayor o menor conformidad de una ley con el marco constitucional en el que ella pretende inscribirse. Si se usa la decisión judicial como criterio supremo para dirimir esta cuestión, el observador puede resultar muchas veces "equivocado" al comparar sus opiniones previas con el resultado final. Si se niega valor supremo a tal criterio, el observador puede seguir masticando su parecer en cualquier circunstancia... aunque acaso perciba en él el amargo sabor de la verdad incomprendida⁴⁴.

⁴⁴ Ricardo Guibourg, «Lenguaje, Constitución y modelos descriptivos», en *Deber y Saber*, Méjico, Fontamara 1997, pág. 137.



LOS DERECHOS ECONOMICOS FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN

César Ochoa Cardich

1. Como cuestión metodológica previa consideramos que debemos tratar de ser precisos en cuanto a los alcances del concepto de globalización. Cabe subrayar como señala el sociólogo alemán Ulrich Beck¹ que el concepto de globalización es el peor empleado, menos definido, más nebuloso y políticamente más eficaz de los últimos años.

En esa dirección, Beck distingue entre globalismo, globalidad y globalización. Globalismo es la concepción según la cual el libre mercado debe regular toda actividad económica. Como precisa el peruano Oswaldo de Rivero² con el denominado “*Consenso de Washington*” se constituyó el credo único neoliberal del poder supranacional que sostiene que los Estados sólo deben intervenir para mantener la disciplina fiscal, lograr una tasa de cambio estable, liberalizar, desregular, privatizar la economía y flexibilizar el empleo, como única manera de tener crédito y atraer inversiones extranjeras, bajo la supervisión del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y de la Organización Mundial del Comercio.

La globalidad no es un fenómeno surgido en el umbral del milenio. Hace ya mucho tiempo que en el planeta vivimos en una sociedad mundial. No hay ningún país ni grupo que vive al margen de los demás. Los Estados son interdependientes y las formas económicas, culturales y políticas se entremezclan. Lo nuevo acerca de la globalidad es que ha devenido en una condición inesquivable e irreversible de la actividad humana en la actualidad, debido a diversos factores como el ensanchamiento geográfico, la creciente densidad del intercambio internacional, la extensión de la red de mercados financieros, el poder global de las empresas transnacionales, el desarrollo de las telecomunicaciones y de la información, la exigencia de la comunidad internacional de respetar los derechos humanos, la presencia de nuevos actores transnacionales como las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales ONG, la problemática de la pobreza global y de los daños al ecosistema mundial, la consolidación de una cultura global, entre otros.

La globalización es un proceso que avanza en diferentes dimensiones: informativa, ecológica, económica, de la organización del trabajo, cultural, de la sociedad civil. Globalización significa como apunta Beck³ pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la actividad humana. El

¹ Ulrich BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p.40.

² Oswaldo de RIVERO, *El mito del desarrollo. Los países inviábiles en el siglo XXI*, Mosca Azul Editores, Lima, 1998, p.69.

³ Ulrich BECK, op.cit., p.42.

mundo del nuevo milenio ya no es ancho y ajeno como el título de la novela de Alegría. Este proceso como señala de Rivero conlleva la perforación de las soberanías nacionales.

Entre las dimensiones de la globalización hemos mencionado la dimensión informativa. Recientemente hemos tenido un caso de esta globalización informativa cuando la CNN en español transmitió en simultáneo la manifestación de protesta del candidato presidencial y líder de la oposición peruana Alejandro Toledo, el día de la segunda vuelta de las últimas elecciones. Mientras los canales de señal abierta ignoraban este suceso, el cable permitió su difusión a nivel internacional en el mismo momento en que se producía. La soberanía informativa de los Estados nacionales y de los *cuasi-Estados nacionales* como el peruano, como los llama de Rivero,⁴ ha sido definitivamente perforada. La problemática de los daños del ecosistema mundial ha generado una creciente conciencia ecológica a nivel internacional como se manifestó en la cumbre sobre el medio ambiente celebrada en Río en 1992, los tratados internacionales sobre la materia, la actividad de las ONG ambientalistas, etc., que han configurado una globalización ecológica.

El globalismo, que es la ideología del libre mercado mundial, en cambio sólo reduce la complejidad de la globalización a una sola dimensión: la económica. Sólo el mercado salvará al mundo nos predicán los fundamentalistas del credo único. Todas las demás dimensiones la cultural, la ecológica, de la organización del trabajo, el nuevo rol de las organizaciones internacionales, de la sociedad civil y las ONG, están subordinadas a la dimensión económica en su versión neoliberal.

Este globalismo difundido por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio en los países en desarrollo y por sus socios locales se encuentra hoy cuestionado no sólo en Europa por el horror económico de un capitalismo global que reduce el trabajo y depreda el ambiente sino por sectores crecientes de la sociedad civil hasta en una cultura tan hiperindividualista como la estadounidense, como pudo apreciarse en la cumbre de la Organización Mundial del Comercio en Seattle, que marcó el punto de arranque de un movimiento internacional contra el globalismo⁵. El globalismo al predicar este radical reduccionismo económico pretende que nos enrumbamos a una cultura única basada en un solo idioma, gustos, manifestaciones artísticas, valores y patrones de consumo en una suerte de *mcdonaldización* de la cultura como la denomina Beck⁶.

En el Perú ha tenido resonancia en estos años de autoritarismo político una de las versiones más radicales del credo único: el denominado "*análisis*

⁴ Oswaldo de RIVERO, op.cit., p.32 y sigts..

⁵ Con motivo del plenario de la Organización Mundial del Comercio realizado en Seattle, Estados Unidos, en 1999, decenas de miles de activistas de activistas de un movimiento policlasista, poligeneracional y politemático protestaron contra el globalismo.

⁶ Ulrich BECK, op. cit., p.71.

económico de Derecho” que supone una subordinación de todos los valores jurídicos a la ideología del libre mercado. Dentro de este enfoque los derechos económicos, sociales y culturales deben subordinarse al libre mercado por la mayor eficiencia de éste para crear riqueza.

Su filosofía utilitarista y economicista no ha tenido eco en Europa ni en los países latinoamericanos con mayor tradición democrática y de participación ciudadana en partidos políticos. Ha cobrado cierto arraigo en ciertos ambientes académicos y oficiales en el Perú de los 90 de la mano del autoritarismo político. Así, en 1992 uno de sus más reconocidos divulgadores en el Perú publicó un artículo en una revista de estudiantes de derecho de la Universidad Católica de Lima, presentando a la liberalización del transporte público, mediante un inconstitucional decreto legislativo que violaba la autonomía municipal, como un paradigma para explicarnos las tesis de las eminencias del “*Law and Economics*”: Coase, Posner y Calabresi⁷. Hoy muy pocos en nuestro país pueden sostener que la denominada “cultura combi”, como llamamos en nuestro país a la ley de la selva urbana, y el caos del transporte urbano sean un paradigma de la eficiencia económica.

Para los juristas del “*Law & Economics*” la Constitución está en el marco de la economía de mercado y no la economía de mercado en el marco de la Constitución ni de sus valores. Y es que para los divulgadores de esta tesis el valor superior del ordenamiento es la racionalidad económica del mercado. Cabe anotar que en los Estados Unidos los juristas de la Nueva Derecha Judicial que durante los años de Reagan dieron marcha atrás en el reloj jurídico en el Derecho Público norteamericano se inspiraron también por el “*Law & Economics*”⁸.

Como precisa un joven justilósofo peruano Eduardo Hernando⁹ el análisis económico del derecho considera que sólo es racional aquella decisión que minimiza gastos y maximiza ganancias. Está basada en un individualismo cuyo único objetivo es enriquecer a unos a costa de empobrecer a otros, al tiempo que la productividad y la eficiencia -“competitividad” en términos neoliberales- depreda la naturaleza.

Nuestra concepción de la libertad difiere de estas doctrinas utilitaristas para los cuales el principio de eficiencia económica es aplicable a toda clase de personas, a la conducta de toda clase de sujetos, a la organización social, así como el Derecho que rige la vida de los pueblos.

2. Formuladas estas precisiones metodológicas pasemos a definir nuestro concepto de derechos económicos. Al margen de la sistemática del articulado constitucional del texto fundamental peruano de 1993, que ubica como derechos

⁷ Alfredo BULLARD, “¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?”, en: *Thémis*, Revista de Derecho, Núm. 21, Lima, 1992, pp. 93-100.

⁸ Bernard SCHWARTZ, *The New Right and the Constitution. Turning back the legal clock*, Boston, 1990.

⁹ Eduardo HERNANDO, “¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?”, en:

económicos a aquellos contenidos, entre otros, en el capítulo titulado “De los derechos sociales y económicos” del Título I (“De la persona y de la sociedad”), consideramos como derechos económicos a algunos comprendidos en el Título III (“Del Régimen Económico”) como el derecho de propiedad, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, y la libertad de contratar. Estos derechos, así como el derecho al trabajo, son derechos económicos por tener incidencia en el proceso de creación de la riqueza. Para nuestro enfoque el derecho al trabajo tiene un rol preeminente. No es un derecho de menor nivel o subordinado a los derechos civiles y políticos y menos aun es una declaración meramente programática.

Cabe anotar que hasta para un liberal como el estadounidense John Rawls¹⁰ al principio de libertades iguales para todos, debe ser precedido por otro que afirme que la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos menos privilegiados para que accedan a los libertades y derechos humanos en pie de igualdad, cuando menos en la medida en que su satisfacción es necesaria para que ellos entiendan y puedan ejercer fructíferamente estos derechos y libertades.

En nuestro concepto, es evidente que el derecho al trabajo es un derecho fundamental que atiende a la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos siendo un requisito para que accedan a los derechos civiles y políticos en pie de igualdad. Para los defensores del credo único una Constitución que reconoce la prioridad del derecho al trabajo es una Constitución declarativa o “programática” que constituye una desventaja competitiva para la inversión extranjera¹¹.

Así, para el pensamiento único neoliberal una Constitución competitiva, racional y eficiente, debe eliminar todo rastro de Estado redistributivo, derechos sociales del Trabajo y protección ambiental. Los derechos económicos que deben ser protegidos o reconocidos en la Constitución son básicamente los derechos de propiedad, libertad de empresa y la libertad de contratar.

3. En nuestro enfoque la globalización económica no debe confundirse con la ideología globalista. La globalización debe ser reconocida en su pluridimensionalidad incluyendo una sociedad democrática mundial con derechos fundamentales de validez global. Dentro de este enfoque nuestro país debe integrarse con los países latinoamericanos no sólo en la dimensión económica y comercial sino también con un marco institucional supranacional con plena vigencia de los derechos humanos.

Thémis Revista de Derecho, núm. 37, Lima, 1998, pp. 129-138.

¹⁰ John RAWLS, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1995, p.32.

¹¹ Bernard SIEGAN, *Reforma Constitucional. Esbozando una Constitución para una república que emerge a la libertad*, Citel, Lima, 1993, p.89.

Aquí hacemos una digresión que es ineludible dadas las circunstancias que vive nuestro país. El actual régimen peruano, caracterizado por dar la marcha atrás en el reloj jurídico, ha llegado al extremo, mediante una resolución legislativa viciada de inconstitucionalidad, de declarar el retiro de nuestro Estado de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- está a contracorriente de la globalización de la democracia y los derechos humanos. La política internacional de aislamiento del régimen peruano pretende que la soberanía de un cuasiEstado nacional como el nuestro puede prevalecer al margen de las organizaciones interestatales y de las ONG. La marcha atrás en el reloj jurídico defendida por los internacionalistas del régimen (Tudela, Trazegnies, Ramacciotti) nos retrocede en siglo XXI a conceptos de soberanía del siglo XIX.

La única globalización que admite el actual régimen peruano es la económica en su versión del credo único neoliberal. Tan es así que en el denominado Congreso Constituyente Democrático de 1992, convocado para legitimar un injustificable golpe de estado ante la intervención de la Organización de Estados Americanos, que entre las razones que invocó inicuaamente con posterioridad a su ocurrencia, se encontró la de efectuar modificaciones en las normas constitucionales económicas de la Carta de 1979.

4. La Carta de 1993, el documento constitucional del neoliberalismo autoritario surgido del golpe de estado de 1992, adolece como es lógico de un déficit enorme de valores sociales. El concepto de función social o interés social del derecho de propiedad y de la libertad de empresa y de iniciativa privada ha sido eliminado. Curiosamente la única referencia al interés social en la Carta de 1993 está incluida en el inciso 3 del artículo 28° para limitar el derecho de huelga de los trabajadores.

En esa dirección, al eliminarse el concepto de interés social como limitación así como componente que legitima al derecho de libertad de empresa, la Constitución de 1993 sólo prevé en el artículo 59° que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas. Asimismo, en materia de derecho de la propiedad, la expropiación sólo es viable conforme a la Constitución de 1993 por causa de seguridad nacional o necesidad pública, eliminando la causal de interés social.

5. La libertad de contratar, reconocida como derecho fundamental en el inciso 16 del artículo 2° de la Norma suprema, es reforzada hasta un extremo que permite que se congelen situaciones injustas. Así, el artículo 62° de la Constitución de 1993 garantiza la libertad de contratar sin excepción alguna. La libertad de contratar no es una libertad absoluta. La ley puede establecer excepciones de razonabilidad suficiente. No puede admitirse, por ejemplo, una libertad de contratar que ampare la discriminación racial en establecimientos abiertos al público. No olvidemos el caso de una empresa de discotecas que ganó una demanda de amparo en la Sala de Derecho Público de la Corte

Superior de Justicia de Lima con el argumento de la protección a la libertad de contratar¹².

El precitado artículo 62° establece que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Consideramos que es una norma que debe ser modificada para admitir excepciones por consideraciones de interés general. Así una ley, aprobada con el voto de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso, podría establecer modificaciones equitativas a las estipulaciones contractuales. Dentro de la orientación del globalismo del libre mercado el citado artículo 62° otorga una protección constitucional a los contratos ley, los cuales no pueden ser modificados legislativamente, cuya inadecuada aplicación puede generar un marco legal de privilegios contrarios al principio de igualdad jurídica entre los competidores.

Esta protección constitucional a los contratos-ley está orientada dentro del enfoque globalista de ofrecer a los inversionistas extranjeros un texto constitucional con ventajas competitivas.

6. La libertad de iniciativa privada es un principio rector del régimen económico en la Constitución de 1993. Está comprendido en el artículo 58° de la Norma Suprema. No se trata de un derecho económico de dimensión subjetiva. Es un principio general del régimen económico. Es el primero entre todos.

Esta libertad de iniciativa se traduce en derechos económicos reconocidos en el artículo 59° :

- la libertad de trabajo.
- la libertad de empresa, comercio e industria.

7. Cabe precisar que la libertad de trabajo no debe ser confundida con la libertad de empresa ni el derecho al trabajo. La libertad de trabajo no es un derecho del empresario, es un derecho del trabajador, de los profesionales y todo aquel dedicada a la actividad independiente o a un oficio . Entre sus principales contenidos debemos considerar la libre elección del trabajo. Asimismo, que ninguna clase de trabajo pueda ser prohibida, salvo que sea lesivo a la moral, salud y seguridad públicas. La libertad de trabajo es un derecho fundamental reconocido en el inciso 15 del artículo 2° de la Constitución "con sujeción a

¹² En el proceso de amparo, Exp. N° 1720-98, correspondiente al caso "American Disco vs. INDECOPÍ", la precitada Sala integrada por los magistrados Muñoz Sarmiento, Infantes Mandujano y Gonzales Campos, declararon fundada la demanda y en consecuencia, dispusieron que el INDECOPÍ "se abstenga de practicar publicaciones, y realizar actos, inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones, que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes la demandante American Disco Sociedad Anónima decida prestarles sus servicios de discoteca (...)"

ley". En esa misma dirección, el artículo 20^o de la Constitución, establece que la ley señala los casos en que la colegiación profesional es obligatoria para el ejercicio profesional.

8. La libertad de empresa es un concepto jurídico moderno. Constituye un auténtico derecho económico reconocido por la Constitución. En el Derecho Público moderno este concepto sustituye a la antigua nomenclatura del constitucionalismo del siglo XIX que aludía desde la Constitución de 1828 a la libertad de industria y comercio. Incurriendo en error conceptual la Carta de 1993 en su artículo 59^o garantiza "la libertad de empresa, comercio e industria". Resulta redundante referirse a la vez a ambos conceptos. El antiguo concepto de "libertad de industria y comercio" estaba vinculado al cambio de mercancías. Actualmente, el proceso de creación de la riqueza está estrechamente vinculado al concepto jurídico de empresa con conexión directa e indirecta con los derechos económicos de la propiedad y del trabajo.

Más aun, el derecho económico de la libertad de empresa constituye la dimensión subjetiva del principio de la libre iniciativa.

Como señala el administrativista español Martín Bassols¹³ por libertad de empresa hay que interpretar aquella libertad que reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas de la economía social de mercado.

9. El reconocimiento del derecho económico la libertad de empresa debe conectarse con el sistema de economía social de mercado, previsto en el artículo 58^o de la Constitución de 1993 y que a su vez retoma la fórmula comprendida en el artículo 115^o de la Carta de 1979.

La economía de mercado se rige por el libre juego de la oferta y la demanda. Para los economistas la fórmula de "economía social de mercado" es una fórmula política y no estrictamente económica. Ciertamente, se trata de una fórmula de éxito en el mercado político. Toda economía es social puesto que es una actividad humana y toda actividad humana se desarrolla en sociedad. Sin perjuicio de ello, la Constitución de 1993, pese a su marcada influencia neoliberal y déficit de valores sociales, reconoce tenuemente algunos conceptos e intereses sociales que permiten extraer ese contenido "social" y conferirle un perfil jurídico.

Así, el precitado artículo 58^o de la Norma Suprema precisa que: "Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país,...". De este modo, se reconoce un rol rector al Estado en la economía nacional. A nuestro juicio, este rol de rectoría y orientación del desarrollo no excluye a la planificación. En esa dirección, es compatible con el régimen de economía social de mercado una

¹³ Martín BASSOLS. *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1988, p.137.

¹⁴ El denominado Congreso Constituyente Democrático aprobó en lo sustantivo el proyecto del articulado

planificación indicativa, no vinculante para el sector privado y aun una planificación democrática en concertación libre y no coercitiva con el sector privado. En todo caso, el Estado puede formular su política económica y de inversiones públicas mediante instrumentos de planificación indicativa.

En este rol económico la iniciativa pública es subsidiaria, el Estado actúa empresarialmente sólo a falta de iniciativa privada, conforme al artículo 60° de la Constitución “por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Sin perjuicio de ello, de conformidad con el precitado artículo 58° el Estado actúa en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Cabe subrayar que se reconoce que determinadas actividades calificadas de servicio público son implícitamente de titularidad estatal aun cuando su gestión puede ser delegadas a los particulares. El Estado peruano es titular de determinadas actividades económicas publicadas las cuales serán determinadas por mandato de la ley.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el texto constitucional debe ser más explícito en esta materia previendo que pueden gozar de un régimen jurídico especial los servicios públicos económicos que satisfacen necesidades esenciales de la población. Asimismo, la Norma Suprema debe prever que la ley establecerá el procedimiento administrativo para la intervención de particulares en su gestión, bajo régimen de autorización o de concesión, de monopolio o de competencia, así como los marcos regulatorios correspondientes que aseguren la participación efectiva de las asociaciones de consumidores o de usuarios.

10. El interés de los consumidores fue reconocido por primera vez en la Carta de 1979 en el artículo 110°. A nuestro juicio, el interés de los consumidores constituye un interés social amparado y protegido por el texto fundamental. Aun cuando la Constitución de 1993 ha eliminado toda referencia al interés social de la libre iniciativa y el derecho propiedad¹⁴ consideramos que se puede extraer indirectamente del análisis de las exigencias socioeconómicas que la Norma Suprema encomienda al Estado satisfacer.

Así, si la Carta de 1993 en su artículo 65° establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y que para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. En la misma dirección, la norma establece que el Estado vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Evidentemente, se trata de un círculo de intereses sociales que configuran la función social o el interés social de la libre iniciativa y de la libertad de empresa.

del Régimen Económico sustentado por el constituyente de la mayoría oficialista Víctor Joy Way, basado en el texto titulado “La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979” de los consultores económicos del Gobierno del Instituto Apoyo, editado en Lima en 1992.

¹⁵ El Departamento de Justicia y 19 estados norteamericanos entablaron juicio contra Microsoft

En ese sentido, el interés de los consumidores y usuarios materializa el componente “social” de la economía de mercado.

Asimismo, constituye una manifestación de ese interés social la exigencia encomendada al Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, así como de combatir toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, que establece el artículo 61° de la Constitución de 1993. Sin embargo, en nuestra opinión se trata de una norma antimonopólica muy débil. El Estado debe estar facultado para intervenir, como ocurre en los Estados industrializados, sobre aquellos procesos o concentraciones empresariales que puedan significar un impedimento u obstáculo al desarrollo de la competencia, mas aun porque mediante esos procesos se va a producir, casi inevitablemente, una influencia en lo político.

Justamente en estos días somos testigos como el omnipotente Bill Gates, presidente de Microsoft, ha tenido que apelar la histórica sentencia en materia *anti-trust* emitida por el juez norteamericano Thomas Penfield Jackson que ordenara que Microsoft, el monstruo del software, se divida en dos empresas¹⁵. Por cierto que en los Estados Unidos los neoconservadores defensores del credo único respaldan la posición y los intereses de Mr. Gates. En el Perú, nuestros neoconservadores locales que predicán el mercado competitivo se oponen a que el Estado intervenga en los procesos de concentraciones empresariales.

Al margen de esta problemática, en los países en desarrollo pobres como el Perú, debe tenerse presente que se requiere de un modelo económico que faculte al Estado, como ocurre en la Unión Europea, procedimientos excepcionales en virtud de los cuales, en forma transitoria y programada, se permitan determinadas prácticas no competitivas orientadas a fortalecer la capacidad competitiva de las empresas.

11. Dentro del capítulo de principios generales del “Régimen Económico” se ubica el artículo 63° que establece un principio de igualdad jurídica de trato a la inversión nacional y extranjera. Se trata de una norma destinada a presentar a la Constitución como una Carta de ventajas competitivas para el capitalismo transnacional. Discrepamos de ese enfoque que considera que los textos constitucionales también forman parte de las reglas de juego dictadas o supervisadas por la tecnocracia del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial.

Proponemos que la igualdad jurídica de trato a la inversión nacional y extranjera debe tener excepciones en ciertas actividades como por ejemplo la explotación de recursos energéticos, la televisión y la radiodifusión, salvo acuerdos de integración económica de ámbito regional.

por perjudicar al consumidor y actuar ilegalmente como un monopolio para obstruir la innovación tecnológica. Las dos compañías divididas estarían obligadas a competir y Bill Gates deberá decidir con que compañía y acciones quedarse en propiedad y contra cual competirá.

El precitado artículo 63° de la Constitución mantiene el principio de la supremacía y prevalencia de la jurisdicción nacional y de las leyes nacionales en todo contrato del Estado y las demás personas de derecho público con extranjeros domiciliados, así como su renuncia a toda protección diplomática. Pero en derecho tan importante como la regla es la excepción. El artículo 63° siguiendo la pauta marcada por el artículo 136° de la carta de 1979 prevé dos excepciones:

- Los contratos de carácter financiero.

- El sometimiento de las controversias con extranjeros derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Asimismo, pueden someterse a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Con relación al sometimiento de las controversias del Estado o las personas de derecho público con extranjeros derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor cabe mencionar que desde tiempo atrás dentro del proceso de globalización económica se vienen celebrando los denominados convenios de garantía de inversiones, los mismos que someten estas controversias a tribunales arbitrales o internacionales constituidos en el marco de estos tratados internacionales.

Se trata de un eficaz instrumento de perforación de la soberanía de los cuasi-Estados Nación de los países llamados en desarrollo. Ciertamente los convenios de garantía de inversiones dan mayor seguridad a los inversionistas del capital transnacional que el poder judicial de nuestro país o el texto constitucional.

12. En materia del derecho económico de propiedad el artículo 70° del texto constitucional de 1993 empieza con una declaración de inviolabilidad de este derecho que mantiene un enfoque decimonónico del liberalismo burgués del primer constitucionalismo de las primeras décadas del siglo XIX. Así, la norma declara: “El derecho de propiedad es inviolable” y agrega como si fuera insuficiente que: “El Estado lo garantiza”. Cabe subrayar que se trata del derecho protegido con más énfasis dentro del texto constitucional llegándose al extremo de dedicarle un capítulo (“De la propiedad”) del Título III correspondiente al Régimen Económico.

En esa misma dirección, el derecho de propiedad es reforzado al entrar a limitar a la potestad expropiatoria del Estado. El artículo 70° establece una fórmula distinta con relación a la naturaleza y los efectos de la expropiación. Así, mientras que la Carta de 1979 en su artículo 125° estableció que la expropiación se declara “conforme a ley”, el documento constitucional de 1993 dispone en el artículo 70° que la misma se declara “por ley”.

Con la fórmula “conforme a ley” se admitía que una ley general preconstituyese todos los posibles supuestos abstractos de expropiación y que su posterior concreción pudiera operar mediante decisiones administrativas singulares. Con la fórmula “por ley”, sin perjuicio de que exista una normatividad

general de expropiación, la expropiación sólo puede tener lugar en virtud de ley singular y específica para cada caso. De este modo, con la fórmula "por ley" se impide que la expropiación sea una institución ordinaria y preconstituída en el ordenamiento y se reduzca a ser una institución excepcional y singular.

A nuestro juicio, el texto constitucional debe ser modificado por cuanto la propiedad cumple una función social que debe estructurar su propia definición y delimitar su contenido. Salvando los valores liberales de la propiedad privada y de la libre iniciativa, la Constitución debe prever que el derecho de propiedad se subordina al interés general o social, concepto que se ha de incorporar a la definición misma del derecho y como factor determinante de su contenido, el cual debe remitirse a la ley ordinaria. La expropiación, con previa indemnización económica al propietario, debe restablecerse como un instrumento ordinario y preconstituído del ordenamiento por causa justificadas de necesidad pública o de interés general.

13. Sin las pretensiones de una "tercera vía", predicable en una realidad europea de países industrializados, nuestro enfoque asume una síntesis del socialismo y del liberalismo como los fundamentos de los valores e ideales que nos inspiran para formular una propuesta de nueva Constitución Económica y de los derechos económicos fundamentales en el marco de una globalización pluridimensional.

Del liberalismo recogemos un concepto de la persona humana, que dentro de una sociedad democrática puede encontrar correspondencia, en el de ciudadanos libres e iguales al que alude Rawls.

Nuestra concepción del orden económico encuentra su base el principio del respeto de la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad. El hombre no puede ser reducido a un simple "*homo oeconomicus*". El hombre está integrado por múltiples facetas y dimensiones, constituyendo la economía sólo un instrumento para el desarrollo integral de la persona¹⁶. Rescatando los valores liberales de la iniciativa personal y de la propiedad, nuestra concepción de la libertad difiere radicalmente de las doctrinas utilitaristas y reduccionistas actuales como el "*Law & Economics*".

Al principio de la libertades iguales para todos debe precederle un principio que exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción permita que los ciudadanos menos privilegiados entiendan y ejerzan provechosamente las libertades básicas y participen en la vida política y social. En ese sentido, la Constitución debe superar el principio de igualdad formal ante la ley y promover la igualdad sustantiva, como lo prevé el artículo 3° de la Constitución italiana de 1947, asignando al Estado como misión remover los obstáculos que de hecho limiten la libertad e igualdad de oportunidades.

¹⁶ Gaspar ARIÑO, *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.65.

¹⁷ Robert NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974.

Las libertades básicas o fundamentales de la persona libre son el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, a la libertad de desplazamiento, a la libre elección de la ocupación y a la participación en la vida política, económica y social.

Las bases de la economía social de mercado son el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la libertad de contratar.

Del liberalismo económico rescatamos el concepto del rol subsidiario del Estado, basados en nuestra experiencia de país pobre en el cual las empresas públicas han constituido un despilfarro de recursos y un indudable fracaso.

Este rol subsidiario del Estado no debe confundirse con el *Estado mínimo* del libertarismo del filósofo estadounidense Nozick¹⁷. Nuestra propuesta difiere del libertarismo porque nos basamos en una teoría del contrato social que afirma el establecimiento de un sistema de ley pública común que define y regula la autoridad del Estado y que se aplica a todos en su calidad de ciudadanos libres e iguales¹⁸. Ese contrato social, que integra la estructura básica de la sociedad en términos de Rawls, debe reconocer expresamente el rol del Estado como promotor y garante de la igualdad de oportunidades en todos los aspectos de su de la vida en sociedad.

Del socialismo nuestra propuesta asume la preeminencia del valor del trabajo en el ordenamiento económico, así como la afirmación de la solidaridad como una de las dimensiones de la persona humana propias de la vida en comunidad.

Así, diferimos del liberalismo cuando pretende que el derecho al trabajo es un derecho meramente declarativo o en todo caso de un nivel subordinado con relación a los derechos cívicos y políticos. Si bien es cierto que no es un derecho exigible subjetivamente, constituye un valor fundamental del ordenamiento y un fin social del Estado, el cual está obligado a formular y ejecutar una política económica para la promoción de la generación de empleo y a legislar en la dirección de su consecución. Cabe señalar que la globalización del trabajo todavía no ha sido alcanzada hasta hoy por cuanto en los países industrializados se imponen severas leyes anti-inmigración.

Nuestra propuesta al asumir el valor de la solidaridad considera que en caso de conflicto insalvable entre los intereses generales o sociales y el interés individual, éste último deberá ceder ante aquellos. La Constitución debe afirmar que la riqueza, sea cual fuere su titularidad, está siempre subordinada al interés general como lo declara el artículo 128.1 de la Constitución española de 1978. Cuando nuestra ponencia alude a los derechos económicos frente a la globalización, subrayamos que nos referimos a la globalización pluridimensional, no a la globalización económica neoliberal. En ese sentido, los derechos económicos de la propiedad, de la libertad de contratar y de la libertad de empresa son derechos fundamentales y constituyen las bases de una economía

¹⁸ John RAWLS, op.cit., p.249.

¹⁷ Oswaldo de RIVERO, op. cit., pp. 98-99.

social de mercado pero su ejercicio no puede ser lesivo a otros derechos de la persona garantizados por la Constitución ni lesionar el contenido esencial de los derechos sociales del Trabajo y el derecho al medio ambiente.

El globalismo pregona las supuestas bondades del libre comercio mientras que los países industrializados no ponen en práctica su discurso en sus relaciones comerciales con los países en desarrollo. Se trata de una globalización asimétrica que fomenta en algunos países en desarrollo una política económica orientada a la exportación, sin un mínimo de protección laboral y ambiental, y que a los demás los convierte en importadores con cuantiosos déficits externos.

La globalización económica ha convertido al planeta en un gran casino global, en términos de Rivero¹⁹, con mercados financieros interconectados por las telecomunicaciones y una hora única. Esta globalización asimétrica nos ha condenado hasta ahora a ser los perdedores de la especulación financiera del capitalismo transnacional y ahogarnos en el mar de la deuda externa.

Frente a esta situación nuestros cuasi Estados Nación latinoamericanos deben integrarse política, económica, cultural y militarmente para constituir un Estado multinacional como la Unión Europea, con capacidad de afrontar los retos de la globalización. Nuestras economías deberán transformar sus exportaciones, planificar sus inversiones públicas, procurar el equilibrio físico-social del territorio, concertar entre el Estado, la sociedad civil y las empresas para disminuir la pobreza, promover la generación del empleo y la capacitación laboral, modernizar la educación, regular los servicios públicos económicos, fomentar el desarrollo tecnológico, proveer de infraestructura física, descentralizar compensando las diferencias geográficas y expandir el turismo.

Estos objetivos mínimos de supervivencia y gobernabilidad no pueden ser viables con regímenes autoritarios, ni con una política económica del credo único neoliberal, ni con populismos que colapsan las frágiles economías de nuestros países con hiperinflación.

Dentro de un marco institucional supranacional de protección a los derechos humanos y con un pacto social entre el Estado, la sociedad civil y la empresa, tendrán mayor vigencia los derechos económicos de la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de contratar, así como los derechos del Trabajo y la protección del ambiente para encarar los desafíos de la globalización en el siglo XXI.



¿PRESIDENCIALISMO PARA LA DEMOCRACIA INCIPIENTE?

Ernesto Alvarez Miranda

INTRODUCCIÓN

Cuando la elite intelectual decidió elaborar la Constitución de 1828, tuvo la convicción de que el tipo de gobierno más indicado para nuestro país era el Presidencialismo, ya diseñado en los Estados Unidos de Norteamérica y admirado sin recelos en casi toda Latinoamérica, por cuanto se le asociaba con el innegable desarrollo económico, comercial y político de las antiguas Trece Colonias.

Aún hoy en día, se considera que existe una profunda relación entre el tipo de gobierno con el grado de evolución de la cultura política de una sociedad; tanto, como piensa que el gran reto del sistema democrático es el de combatir la pobreza.

Tan efímeras como nuestras leyes fundamentales, fueron las pretensiones de recrear en los países andinos, -desprovistos de tradiciones democráticas genuinas¹ las instituciones que en forma natural evolucionaban en la potencia del Norte.

Nuestros ilustres antepasados estaban muy lejos de avizorar las palabras de Loewenstein² "...el tipo de gobierno americano (...) es casi un producto específicamente nacional del pueblo americano, que ha recibido más bendiciones de la providencia que ninguna otra nación en la historia de la humanidad. El milagro de la República americana no se basa en su Constitución, sino que se ha dado a pesar de ella".

Así, el propósito del presente trabajo es el de plantear un interrogante esencial: ¿realmente conviene al Perú mantener un esquema básicamente presidencialista? Nuestra propuesta estará dirigida a demostrar que el régimen presidencial en sí, no es culpable de la escasa evolución del constitucionalismo, pero tampoco ha sido un factor que en alguna medida haya contribuido con el desarrollo de la cultura política y la continuidad de la democracia, para ello tendremos que revisar algunos conceptos básicos.

PRIMER NIVEL: FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DE SEPARACIÓN DE PODERES.

Nace en el siglo XVII, como fruto de la violenta confrontación entre la Corona

¹ Es necesario partir de la premisa de que una tradición ó institución democrática es aquella que está diseñada no necesariamente para procurar mayor eficacia en el proceso de la decisión política sino limitar al poder mediante mecanismos tales como el reconocimiento del predominio del Derecho sobre la voluntad arbitraria del gobernante o la real delimitación de las atribuciones de los órganos del poder.

² Loewenstein, Karl. (1982) *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, p.141

y el Parlamento durante la Revolución Inglesa que finaliza en 1689, siendo su primer teórico John Locke en su Segundo Tratado sobre Gobierno Civil, publicado por vez primera en 1690. Se trata de dividir las funciones del poder, las que deben quedar separadas y atribuidas a distintos órganos estatales. La idea podría esquematizarse en dos sentidos³: el primero ligado a una diferenciación individual donde cada órgano ha de ejercer exclusivamente y por completo su función dentro de una independencia existencial, donde el titular de la función no debe poder decidir sobre las personas que comprenden otro órgano titular de una función distinta, lo que conlleva un aislamiento compositivo en el que una persona no puede pertenecer simultáneamente a dos o más órganos titulares de tareas distintas. El segundo sentido concibe la teoría de separación de poderes como contención o refrenamiento entre los supremos poseedores de la capacidad de decidir sobre la vida colectiva.

No se trata de colocar a los titulares del poder en un mismo nivel: para Locke la supremacía correspondía al Parlamento, mientras que para Montesquieu la administración de justicia no era un auténtico poder comparable a los otros. Lo importante en todo caso, resulta recordar el propósito claramente político de la separación de poderes: dividir el Leviatán hobbesiano, frenar al poder, y asegurar los derechos del individuo.⁴

SEGUNDO NIVEL: CRISIS Y REFORMULACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

Ya a finales del siglo XIX se observa la superación y el alejamiento de la realidad de la clásica división de poderes. En el parlamentarismo, era muy simple llegar a la convicción que el poder legislativo y el poder ejecutivo no estaban separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento, produciéndose así una integración de estos dos poderes. Así, de la convicción de la división absoluta se pasó empíricamente al reconocimiento de que el Estado debe cumplir determinadas funciones, las que deben ser realizadas por distintos órganos, pero éstos, de forma más o menos previstas en los textos fundamentales quedan obligados a sostener diversos grados de coordinación para efectuar sus tareas habituales, pues por lo menos dos órganos deben cumplir, -en la práctica-, una determinada función del Estado, aunque los titulares de las funciones continúen denominándose “legislativo”, “ejecutivo” o “judicial” como si todavía cumplieran independientemente dichas tareas. El propio Loewenstein reconoce la enorme dificultad en quebrar los antiguos principios que, en su momento, sustentaron el sistema democrático y el Estado de Derecho.

³ Alvarez, Ernesto (1999) *El Control Parlamentario*. Gráfica Horizonte, Lima 2000, p. 99 y s.

⁴ Pereira Menaut (1997) *En Defensa de la Constitución*. U. de Piura, p. 193 y s.

TERCER NIVEL: LA FORMULACIÓN DE LOEWENSTEIN.

El genio peculiar del maestro alemán, desarrolló a la luz de los acontecimientos una nueva tríada, más acorde con la realidad: determinación de la decisión, ejecución de la decisión y control político.⁵

Así, el gobierno está obligado a compartir con el Congreso la dirección del proceso de la decisión política. El caso típico es el que ocurre con el presupuesto del estado. Las comisiones encargadas de la aprobación del presupuesto controlan el planeamiento que la administración gubernamental ha propuesto; necesariamente, ambos órganos tendrán que coordinar para arribar a una solución, la misma que después adoptará la formalidad de una ley. La teoría norteamericana denomina esta concepción "checks and balance", debiendo notarse que no se trata ya de que varios órganos cumplen al mismo tiempo una determinada función del estado, sino que la participación dual considera un importante control político que evita, dentro de las particularidades de cada sociedad, la concentración indebida del poder. Debemos recordar al respecto, que el constitucional law norteamericano denomina a su propia forma de gobierno no "presidencialismo" sino "de separación de poderes".

LA CRISIS ACTUAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

Pereira Menaut⁶ señala claramente diversas circunstancias que constituyen la moderna crisis de la teoría que aquí analizamos. En primer lugar, el concepto de estado de bienestar contribuyó gravemente con el decaimiento del Congreso, por cuanto significó un desmesurado crecimiento del aparato estatal y por consiguiente, del gobierno, quien dispone de mucha más capacidad de decisión que el Congreso y los Tribunales juntos. Además, se suma el hecho del cambio en las tendencias y preferencias de la sociedad; en el sentido de que los ideales de libertad y limitación del poder dejaron de constituir principios movilizados de la opinión, antes bien, el poder mismo perdió su carácter demoniaco para erigirse en la posibilidad de solución para los problemas personales de cada uno de los electores, fruto del concepto de "Estado de Bienestar".

De esta manera, señala el profesor de Santiago de Compostela, se ha perdido el principio "delegatus non potest delegare" expuesto por Locke, en beneficio de la práctica indiscriminada de la delegación legislativa. Se suma a ello, que la iniciativa legislativa, en materia de los proyectos de ley de importancia, está en manos de los gobiernos y no de los grupos parlamentarios, quienes apenas cumplen el triste papel de simples formalizadores de la decisión ya aprobada por la dirección del partido. Para colmo, tampoco legisla el Congreso sobre la aplicación de las líneas maestras del sistema jurídico, pues a través de los reglamentos los gobiernos detallan, interpretan, aplicar y hasta modifican la legislación por ellos adoptada.

⁵ Loewenstein, Ob. cit. p. 137

⁶ Pereira Menaut, Ob. cit. p. 209 y ss.

No sorprende por tanto, que juristas de distinta formación como Geoffrey Marshall del Queen's College de la Universidad de Oxford, en su *Constitutional Theory*; y Alfredo Quispe Correa en su *Mitos y Realidades en el mundo del Derecho*, hablan de la desvitalización e inutilidad del concepto de "separación".

Cabe entonces cuestionarnos si cabe plantear una nueva alternativa, un nuevo grado de evolución de la vieja teoría, siempre partiendo de la premisa que la finalidad es la de evitar la concentración del poder para garantizar una esfera de libertades y derechos de los ciudadanos, evitando plantear la distribución de las funciones del poder sólo al nivel de los órganos del estado, sino proponer su distribución real también en los grupos intermedios o pluralistas que existen en la sociedad y cuyo dinamismo y heterogeneidad garantizan hoy la vigencia de la democracia en la sociedad civil y no tan solo en los aspectos formales del aparato estatal.

Con la crisis de la Separación de Poderes, obviamente se tiene que discutir la validez del modelo de gobierno norteamericano para los países que sin mayor reflexión lo imitaron por décadas, obteniendo fundamentalmente frustraciones y reiteradas pérdidas de oportunidades para evolucionar políticamente sobre la base de una estabilidad y continuidad democrática real.

EL PRESIDENCIALISMO.

Como teoría esencial, consiste en el tipo de gobierno en el cual una misma persona ocupa los cargos de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno, al tiempo en que es elegida materialmente por el pueblo. Así, representa a la Nación y a todos los ciudadanos cuando en realidad confronta cotidianamente con los opositores a su programa gubernamental. En sí, este es un rasgo sólo salvable en países donde no existen partidos de organización, rígida, articulada y de disciplina interna; y en donde no se observa una contradicción grave entre las líneas fundamentales de las principales opciones políticas.

No existe un mecanismo eficaz para dar solución a las crisis políticas, tal como se observa en el parlamentarismo, en donde la disolución del Parlamento y la convocatoria a elecciones parlamentarias suelen permitir que el electorado actúe como árbitro de las controversias entre mayoría y oposición, en especial cuando éstas se convierten en fundamentales para la estabilidad del régimen político.

En Latinoamérica se incorporó al presidencialismo importantes injertos propios del parlamentarismo, pero que no variaban en lo sustancial las dos principales características antes mencionadas. El gran tema, es que las adiciones parlamentarias no eran en sí coherentes con el resto de las instituciones.

Por ejemplo, por qué debe el Presidente de la República juramentar ante el Congreso si ha sido elegido por el pueblo en procesos electorales distintos y cuando no asume responsabilidad política frente a la asamblea; acaso se sugiere que el Congreso es más titular de la soberanía popular que el propio Presidente de la República?

Así, se dio lugar en Latinoamérica a una especie de semi-presidencialismo, el cual no lograba concretar el principio de Independencia por Coordinación⁷ pues el Perú todos los gobiernos que han carecido de mayoría parlamentaria han terminado derribados por una Junta Militar o debieron propiciar una ruptura constitucional; y tampoco el principio de Interdependencia por Integración pues a pesar de que los ministros pueden ser miembros del Congreso, en la práctica esto no influyó significativamente en ningún aspecto.

No en vano Juan J. Linz⁸ afirma que son pocos los países con democracias estables que tienen el tipo de gobierno presidencial. Al fin y al cabo, “el desempeño histórico superior de las democracias parlamentarias no es ninguna casualidad”. Y bien puede ser perfectamente cierto.

El presidencialismo presenta cuatro graves inconvenientes que minan los cimientos democráticos, el hecho de que tanto el presidente como el congreso sean elegidos por el mismo electorado supone una contienda de legitimidad: si la mayoría parlamentaria es contraria al gobierno, ¿quién tiene la razón democrática?, esto obviamente no se presenta en el parlamentarismo, pues el gobierno responde a una mayoría parlamentaria asegurada. El período rígido del presidencialismo representa un serio problema, no es constitucionalmente posible otorgar una salida oportuna a una crisis política, aún en el caso de lograr disolver el congreso cumpliendo los requisitos establecidos ¿qué sucede si el electorado vuelve a otorgar su respaldo a la mayoría parlamentaria discolá? Luego, no es necesario agudizar el criterio para comprender que el efecto que tiene la derrota electoral en las fuerzas políticas latinoamericanas no suele ser precisamente favorable para la estabilidad democrática, y fortalece excesivamente el carácter antropomorfo de nuestra política, personalizando la victoria durante todo el período presidencial. Por último, es contradictoria la figura de un Jefe de Estado personificando y representando a toda la nación, dedicado a servir sus intereses superiores, responsable por la conservación de los valores y tradiciones históricos, con el de un Jefe de Gobierno, obligado a la contienda cotidiana, a la defensa cerrada de su programa legislativo, directivo cuyas virtudes resaltan más si se resaltan los errores de los anteriores gobiernos.

A lo anteriormente señalado se puede añadir que es innegable que los problemas del presidencialismo aumentan considerablemente en aquellas naciones donde existen divisiones políticas profundas y numerosos partidos políticos. Mientras más partidos exista más complicado será lograr estabilidad. Lo curioso es que mientras en el parlamentarismo las coaliciones se forman después de las elecciones para formar gobierno y respaldarlo, en el presidencialismo suelen elaborarse alianzas antes de las elecciones y una vez

⁷ Loewenstein. Ob. cit. p. 131 y ss.

⁸ Linz, Juan: Democracia: *presidencialismo o parlamentarismo. ¿Hace alguna diferencia?*, en Oscar Godoy, ed., Santiago de Chile, 1990.

producidas éstas, en no pocas ocasiones las coaliciones se fragmentan o alcanzan niveles graves de tensión, porque el propósito era simplemente la victoria electoral y no el gobernar.

Conclusiones.

1. Por todo lo expuesto, no es conveniente aceptar sin discusión al presidencialismo, -por más matizado o frenado que pueda estar-, como el único tipo de gobierno adecuado para sociedades como la peruana. Si los países con avanzados procesos constitucionalistas-democráticos han avanzado utilizando como herramienta el parlamentarismo, no cabe descartarlo cuando somos conscientes que en materia de cultura y práctica política, Europa Occidental nos aventaja no menos de dos siglos.
2. Las formulaciones de la teoría de Separación de Poderes se encuentran todas en un exclusivo plano estatal, están referidas al origen y al comportamiento de órganos del Estado en momentos en que esta forma de organización de la Comunidad Política se encuentra en franca decadencia. Cabe entonces ensayar una nueva formulación: vinculando a todos los órganos de dirección política-jurídica de la sociedad con los grupos intermedios o grupos pluralistas, como una forma de otorgar decisiva participación a muchos grupos sociales en las diferentes etapas de la decisión política, enraizando así la práctica continua de la democracia, entendida como representativa y participativa al mismo tiempo.
3. Las distancias que existen entre el ciudadano con sus representantes parlamentarios son excesivas. En gran parte por responsabilidad de un sistema electoral inadecuado para una sociedad como la nuestra, donde el sistema proporcional en lugar de contribuir a perjudicado el desarrollo de la democracia. No cabe la representación si no existe una plena identificación entre los electores con sus elegidos. Además, los grupos pluralistas deben cubrir los amplios espacios existentes, a fin de evitar que los gobiernos omnipresentes ocupen dichos lugares en nombre del Estado.

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

SUMARIO: 1.- Sobre el título y sentido de esta contribución. 2.- La génesis de los derechos.3.- Las formulaciones técnicas y sus consecuencias prácticas. 4.- La cultura de los derechos humanos.

1. SOBRE EL TÍTULO Y SENTIDO DE ESTA CONTRIBUCIÓN.

En 1991 la Editorial Sistema reunió varios escritos de Norberto Bobbio bajo el título *El tiempo de los derechos*¹. Son los que el propio autor considera más significativos de sus contribuciones sobre los derechos humanos. Desde el primer momento pensé que era también el título apropiado para encabezar algunas reflexiones sobre los derechos humanos a la altura de los tiempos que vivimos ya que expresa significativamente algunas ideas que me parece interesante recordar. Y, ciertamente, tiene la ventaja de que aporta la autoridad moral e intelectual de uno de los principales filósofos del Derecho y de la política de nuestros días. Es bueno, pues, apoyar en ella estas reflexiones cuando todavía no se han apagado los ecos de las celebraciones del cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, coincidentes, para los españoles, con la celebración de los primeros veinte años de nuestra Constitución.

Y es que, en efecto, vivimos el tiempo de los derechos. Las Constituciones los reconocen y garantizan. Los textos internacionales los proclaman desde hace ya tiempo. Entre ellos, esa Declaración Universal y los Pactos Internacionales que de ella traen causa, que los han erigido en ideal común de la humanidad por el que todos los Estados deben esforzarse. Además, los gobernantes apelan a su superior valor para afirmar su compromiso con ellos y para reclamar su respeto en otros países.

Los acontecimientos cotidianos están poniendo en primer plano de la actualidad todos los días que el respeto a los derechos humanos debe prevalecer, incluso, frente a pretensiones de crear espacios exentos en los que no podrían perseguirse actos que supusieran violación de tales derechos. Así, las más graves agresiones contra ellos han dado lugar a la figura de los delitos contra la humanidad que son imprescriptibles y pueden ser perseguidos por tribunales internacionales. Incluso, en el curso de procedimientos todavía pendientes de decisión parece perfilarse la conclusión de que esas violaciones han de ser castigadas sin que supongan obstáculo para ello fueros especiales de los gobernantes de antaño, mientras se debate la conveniencia de que tal

¹Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991. Este libro toma el título de uno de los estudios en él recogidos (véanse, a este respecto, las págs. 97 y ss.). Anteriormente había publicado en Italia el volumen *La Età dei diritti*. Ahora bien, la versión española es más amplia que la italiana toda vez que incluye artículos que no aparecen en aquélla.

sanción, en tanto se crea el Tribunal Penal Internacional, corresponda a los Estados.

Hasta es posible observar la tendencia de autócratas que rigen los destinos de sus pueblos bajo formas políticas no democráticas a presentar su actuación gubernamental como una actividad comprometida con los derechos humanos y con las formas constitucionales, aunque tal compromiso no sea más que una fachada para ocultar una realidad bien diferente. Tal empeño, sin embargo, no suele prosperar, surgiendo más pronto que tarde la verdad de los hechos. Pero es un claro indicativo de la fuerza que los derechos humanos han adquirido. En efecto, la bandera de los derechos humanos, como, en general, los principios e instituciones del Estado de Derecho, con los que están inseparablemente unidos en cuanto signos de cultura y civilización, en cuanto bienes valiosos, aportan prestigio y proporcionan legitimación. Por eso, incluso, los dictadores aspiran a beneficiarse de ellos.

Ahora bien, conviene no llamarse a engaño. El lugar central que los derechos humanos ocupan en los planteamientos políticos y jurídicos que prevalecen en la comunidad internacional no impide su desconocimiento, su violación continuada, bien sea como consecuencia de las acciones de unos Estados contra otros, bien sea como consecuencia de la actuación de los gobernantes contra sus ciudadanos o de grupos o entidades privadas que recurren a diferentes formas de poder o influencia para imponer sus pretensiones políticas o, simplemente, para hacer valer sus intereses económicos y sociales en detrimento de los de la mayoría. A la vez, la desigual distribución de la riqueza en el seno de los Estados pero, sobre todo, entre los Estados crea las condiciones materiales para la vulneración de los derechos elementales de muchos millones de seres humanos.

Hasta tal punto se desconocen en los múltiples planos de las relaciones sociales que se dice que la pauta no es la del respeto, sino la de la violación de los derechos humanos, y que el énfasis con el que se reitera su progresivo reconocimiento y su elevación al primer plano de la vida pública facilita su desconocimiento, ya que contribuye a difundir la creencia de que los problemas que origina su garantía se han resuelto, cuando la realidad es la contraria. Así, la satisfacción por lo conseguido contribuiría a perder lo conquistado.

Sin embargo, esta paradoja, esta contradicción, no es nueva. En efecto, no es posible desconocer las grandes dosis de hipocresía que se advierten en los mismos momentos estelares de la afirmación de los derechos. Así, no deja de llamar la atención que el principal autor de ese bello texto que es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, Thomas Jefferson, fuese propietario de numerosos esclavos; que países dotados de textos constitucionales de valor estético innegable, por el ejemplo el nuestro de Cádiz, guardaran silencio sobre la esclavitud que se practicaba en parte de su territorio; que el sexo o las fronteras hayan marcado —y sigan marcando— decisivas diferencias en torno, no ya al disfrute, sino a la misma titularidad de los derechos.

Pero ese contraste no debe impedirnos ver lo que de transformador hay en el pensamiento que proclama los derechos. Las premisas sobre las que se asienta y los desarrollos que permite, dado su dinamismo, conservan todo su valor, precisamente porque, en realidad, esos principios y los derechos que de ellos derivan nacen como instrumentos de defensa frente a lo que quienes los reivindican consideran injusto. Su afirmación es, pues, consecuencia de la negación de lo que representan. Son, por tanto, conceptos y técnicas al servicio de la lucha por la propia libertad, por la propia forma de ser persona. Veamos.

2. LA GÉNESIS DE LOS DERECHOS.

El tiempo de los derechos en el que nos hallamos se inaugura con las tensiones que acompañan al fin del Antiguo Régimen y el advenimiento del régimen constitucional. En ese tránsito, los derechos nacen de la mano de las doctrinas iusnaturalistas, aparecen como derechos innatos, inalienables e imprescriptibles que se hacen derivar de la propia condición humana. Ahora bien, esta eficaz construcción no es más que una cobertura ideológica a la defensa de concretos intereses, en este caso los de la burguesía, amenazados por la arbitrariedad e inseguridad jurídica que caracterizaban al Estado absoluto. Claro que tal origen, bien prosaico, aporta novedades muy importantes —la fundamentación de los derechos y su proyección frente al Estado son las principales— e introduce una línea de pensamiento que, con el tiempo y las adaptaciones que irá experimentando, se convertirá en la columna fundadora del ordenamiento jurídico-político de la comunidad.

En efecto, a partir de aquí se irá desplegando una concepción del hombre, de la sociedad y del Estado en la cual todavía hoy estamos inmersos y de la que nos serviremos en el futuro pues se ha demostrado coherente con las exigencias que derivan de la naturaleza humana. En realidad, lo que ha sucedido es que esa doctrina enunciada para dar satisfacción a concretas demandas de un sector social, debido a la potencialidad expansiva de sus presupuestos, ha conocido un proceso de generalización que le ha permitido adaptarse para amparar nuevas exigencias y justificar la extensión de los viejos derechos y el reconocimiento de los nuevos a toda la sociedad.

Por eso se dice que el contenido de las más completas declaraciones de derechos puede condensarse en los dos grandes conceptos de la libertad y la igualdad, de los cuales las particulares categorías subjetivas que apreciamos en los textos jurídicos no son más que especificaciones. O que, desde los momentos fundacionales del constitucionalismo en los siglos XVII y, especialmente, XVIII, no se ha aportado nada nuevo. Simplemente, se ha desarrollado lo que ya se percibió en los debates que condujeron a la independencia y a la Constitución de los Estados Unidos y en los que jalaron las experiencias revolucionarias francesas.

Pero, en todo caso, el factor desencadenante de esas sucesivas ampliaciones, del progresivo enriquecimiento del catálogo de derechos, ha sido

siempre la aparición de unas necesidades básicas de las personas cuya satisfacción reclaman quienes las experimentan. Cabe establecer, pues, esta secuencia en el momento genético de los derechos:

- 1) La identificación de una necesidad básica o de unos intereses de un grupo social significativo cuya atención o respeto se consideran por quienes integran ese grupo como presupuesto o exigencia indeclinable para la convivencia. Estos son los requisitos materiales: un colectivo con conciencia de su posición y unos particulares bienes a los que se consideran acreedores sus integrantes.
- 2) La activación de un mecanismo de justificación ideológica.
- 3) La movilización política y social en demanda de su reconocimiento jurídico.
- 4) Supuestos los anteriores pasos y, en tanto, se logre una posición de fuerza suficiente, la positivización de tales exigencias que, de este modo, adquieren el estatuto de derechos.

Esta secuencia se ha desarrollado en todas las ocasiones en las que el sistema establecido se ha encontrado ante demandas de protección o satisfacción de intereses o necesidades hasta ese momento no consideradas o no atendidas en la medida en la que después son reclamadas. Si repasamos las que se han venido a denominar generaciones de derechos —para así ordenar los diversos momentos en los que han adquirido carta de naturaleza jurídica— comprobaremos que los momentos o pasos que hemos descrito se dan en todos ellos.

Así, por lo que respecta a los derechos de la primera generación, que son los reconocidos por las Declaraciones de los siglos XVII y XVIII y luego reiterados en el constitucionalismo decimonónico, el grupo social afectado es la burguesía y la justificación a la que acude es la de carácter iusnaturalista. En el caso de los derechos de la segunda generación que abarca los que extienden la igualdad al plano político y al económico, es la clase obrera y otros sectores populares menos favorecidos los que los exigen, acudiendo a los planteamientos democráticos y socialistas. La tercera generación de derechos, relativa a los que responden a los riesgos que brotan de las nuevas tecnologías o de la posibilidad cierta de la destrucción del medio en el que vivimos, ha encontrado en grupos diversos de ciudadanos sus defensores y en las nociones de libertad e igualdad sus principales argumentos para recabar su protección jurídica integral. Otro tanto puede decirse de los que empiezan a denominarse derechos de la cuarta generación entre los que podría contarse el que asegura la integridad genética de las personas.

Esta evolución se ha verificado hasta ahora en el seno de los Estados, si bien haya podido ser impulsada por las orientaciones establecidas en el plano internacional, pero está claro que puede conocer en el futuro desarrollos a escala supraestatal o, incluso, universal. Es más, según se dirá seguidamente hay algunas tendencias que apuntan directamente en ese sentido: en particular, aquéllas que promueven un proceso de redistribución de la riqueza del mundo.

3. LAS FORMULACIONES TÉCNICAS Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.

El reconocimiento de los derechos representa el principal punto de conexión entre el ordenamiento jurídico y el plano de la moral en el que hunde sus raíces la justicia. Si esto es verdad con carácter general, hay ocasiones en las que se manifiesta con especial relevancia. Sucede en aquellos casos en los que está presente una fundamentación iusnaturalista, precisamente por la contundencia que la distingue. Basta con recordar la forma en la que se afirman los derechos del hombre y del ciudadano en Francia, incluida su vocación universal, o, antes, en los términos de la declaración estadounidense. Este tipo de planteamientos es especialmente eficaz a la hora de establecer las que se consideran condiciones indeclinables de la convivencia.

A pesar de que se utilizaron hace ya más de doscientos años, no debemos pensar que son cosa del pasado, pues la Declaración Universal de los Derechos Humanos participa de esa cobertura, al igual que los textos constitucionales que surgen después de la segunda guerra mundial ya que, tras los horrores que en ella se cometieron y la comprobación de hasta donde podía degenerar un sistema jurídico y político carente de todo soporte moral, se produjo un intenso renacimiento del iusnaturalismo, cuyos ecos se perciben en la Constitución italiana de 1947, en Ley Fundamental de Bonn y, todavía, en algunos preceptos de la Constitución española.

Pero, volviendo a las primeras afirmaciones de los derechos como derechos innatos, recordaremos que aparecieron como manifestaciones solemnes y se consignaron primero en documentos fundamentalmente políticos, para introducirse, después, en los textos constitucionales. Su transformación en preceptos jurídicos de la norma fundamental no siempre les dotará de la eficacia necesaria, pues en la Europa continental será preciso esperar a este siglo para reconocerles fuerza normativa directa. Por otra parte, la introducción en el ordenamiento jurídico de lo que no son en realidad más que mandatos o exigencias de la moralidad social, si es verdad que le incorpora una importante dimensión ética, no puede evitar que la técnica jurídica formalice en alguna medida —y, por tanto, reduzca— el significado sustancial de lo que se afirmaba como un derecho natural.

El tránsito desde esa figura a la de derecho subjetivo y, más tarde, a la de derecho público subjetivo, producirá, pues, efectos contradictorios: el progreso que representa desde el punto de vista de la tutela jurídica se hará a costa de recortar las pretensiones inicialmente anudadas a la reivindicación iusnaturalista. Incluso, se dirá que no sólo se produce una reducción en ese sentido cuantitativo, sino que también es cualitativa en la medida en que la tecnificación —al fijar un determinado modo de entender cada derecho— les priva del dinamismo que les era propio en su estadio anterior.

Las consecuencias negativas que para el sentido de los derechos tuvieron las orientaciones positivistas originaron la preocupación de los constituyentes

de este siglo por asegurar no sólo las formas, sino también los contenidos cuando de derechos se trata. La clara apuesta por los valores, el entendimiento sustancialista del ordenamiento jurídico, junto con el progreso en la técnica del Derecho, condujeron a la formulación del concepto de los derechos fundamentales. Esta categoría, que aparece en la Constitución de Weimar, pasa a la Ley Fundamental de Bonn y, desde ella, a otros ordenamientos constitucionales, como el español, pretende asegurar efectivamente las pretensiones, las posiciones, los intereses que subyacen a cada uno de esos derechos. Las garantías normativas e institucionales, el carácter indisponible de su contenido esencial para el legislador, su intensa tutela jurisdiccional — que supera, incluso, las fronteras— son todos ellos medios para hacerlo posible. Pero, es que, además de derechos subjetivos, son elementos objetivos del ordenamiento jurídico en su conjunto, al que identifican, son simultáneamente principios y valores que completan el sustrato axiológico sobre el que la Constitución se levanta.

Paralelamente a este proceso de consolidación constitucional, se ha producido el fenómeno de la internacionalización o, mejor, universalización de los derechos humanos, por obra de la Declaración Universal, de los Pactos que la desarrollan, de ulteriores decisiones de la Asamblea General de la ONU que han explicitado nuevos derechos implícitos en aquélla y de convenios internacionales que han puesto en práctica sistemas regionales o sectoriales de protección de algunos derechos humanos. Porque la fórmula que en este nivel se utiliza es ésta: derechos humanos. Pero lo que inicialmente surgió como un intento de establecer referencias claras para los Estados de lo que podríamos entender como un mínimo común denominador en materia de derechos, bien a escala universal, bien a escala regional, ha acabado transformándose, en virtud de la fuerza expansiva que poseen las ideas en las que se fundan, en parámetros jurídicos válidos no sólo en los propios ámbitos externos en los que nacen, sino también en el espacio interno en el que opera el Derecho Constitucional desde que éste los hace suyos.

No puede dudarse de la existencia de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni de la fuerza con la que pretende afirmarse en la comunidad de los Estados. Y, aunque sean muy numerosos los casos en los que se desconoce y no disponga aún de los mecanismos necesarios para imponer su vigencia en todos los supuestos en los que ese Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea infringido, no deja de ser cierto que su virtualidad es cada vez mayor. Especialmente, frente a los Estados que asumen los postulados del Estado de Derecho, pero también abriendo brechas en los que no lo hacen. Esa fuerza es la que deriva de la cada vez más clara identificación de los valores de la justicia —esa suerte de referencia moral a la que aspiramos— con los derechos.

El caso es que gracias a su peso en la conciencia jurídica y política universal se está produciendo un proceso simultáneo de homogeneización de la disciplina jurídica de los derechos. Es verdad que su intensidad no es la misma en todos

los casos y que sólo progresa significativamente donde se dan las condiciones no sólo políticas, sino también económicas y sociales imprescindibles para afianzar, con la democracia constitucional, los derechos, pero no se puede negar que, si hoy se vuelve a hablar de un Derecho común en Europa, es porque se ha conseguido implantar una misma concepción y una misma práctica de los derechos.

Al mismo tiempo, se ha cobrado conciencia de que su plena afirmación y respeto requiere profundas transformaciones en el seno de muchos Estados y, especialmente, en el orden internacional. Porque en él, la libertad y el bienestar de unos se sostiene en la miseria de otros. Tal situación no sólo es injusta, sino, además, peligrosa, ya que tal desigualdad por fuerza ha de provocar — está provocando— tensiones y conflictos de los que cada vez será más difícil escapar. Por eso, razones de justicia y razones de seguridad han de llevar a la comunidad internacional y, a los Estados en cuanto principales protagonistas de las relaciones que en ella se producen, a cambiar el actual orden socioeconómico para hacer que los derechos humanos, todos los derechos humanos, sean a la vez derechos de todos los seres humanos.

4. LA CULTURA DE LOS DERECHOS

En la consecución de esa empresa son decisivas las ideas. Del mismo modo que en el pasado unas teorías, establecidas a partir de la defensa de específicas necesidades materiales y espirituales, han permitido configurar un sólido modelo racional de la convivencia sobre el que se conviene que es el menos imperfecto e injusto hasta ahora conocido, es preciso rescatar los viejos principios, que siguen siendo nuevos porque nunca se llega a su realización plena, para proyectarlos a escala universal. Que no se ha inventado nada realmente significativo, que las doctrinas fundacionales del tiempo de los derechos siguen conservando desde hace varios siglos su vigencia, su dinamismo, lo podemos comprobar si recordamos sus ingredientes principales. Valga con una muestra que me ha parecido especialmente apropiada por la magnitud de la figura a la que pertenece y por condensar varias líneas de pensamiento que conservan plena actualidad: me refiero a la propuesta de Immanuel Kant para lograr la paz perpetua.

Creo que no cuesta especial trabajo vislumbrar en ella los elementos principales para contemplar la realidad contemporánea de los derechos. Así, el filósofo de Königsberg ve en la Constitución republicana el primero de los pilares sobre los que cimentar la paz perpetua. Esta es un imperativo moral y político, dirigido a terminar con esa otra forma de guerra de todos contra todos en la que consisten las relaciones entre los Estados. Pues bien, para lograr tal paz eterna, el primer paso ha de darse en el seno de los Estados que forman la comunidad internacional. Han de dotarse de una Constitución republicana.

En efecto, esa Constitución republicana —noción compatible, por lo demás, con la forma monárquica de gobierno— descansa en tres elementos: el

reconocimiento de la libertad de los componentes de la asociación, la dependencia de todos de una única legislación común y la igualdad. Tal ordenamiento fundamental, emanado de un contrato originario, reclama la separación entre el poder legislativo y el ejecutivo y el sistema representativo para hacerlo viable en la práctica, ya que la ausencia de esa división y el gobierno democrático conducen necesariamente al despotismo.

Una vez constituidos de este modo los Estados, la paz perpetua resultaría de un *foedus pacificum* entre ellos, encaminado a fundar las relaciones internacionales en términos de libertad y de ausencia de coacción y del derecho cosmopolita que imperaría en ellas. Se trataría de un ordenamiento, basado en una Constitución cosmopolita, que presidiría las relaciones entre los hombres con independencia de su nacionalidad gracias a un derecho universal que reaccione frente a las ofensas al orden jurídico cualquiera que sea el lugar en el que se originen².

A la postre, una paz fundada en la libertad y en la igualdad sobre las que descansa el Derecho. El mensaje no está desde luego desfasado y enlaza con la línea de progreso moral que marca la historia de los derechos en este tiempo de los derechos. En la medida que conforman esa dimensión ética del ordenamiento jurídico, la progresiva incorporación de cada vez más numerosas categorías y formas de derechos, la cada vez más densa disciplina de la que son objeto para preservar su contenido, testimonian el creciente sentido moral de la organización estatal en cuyo seno se producen esos procesos y del orden internacional que identifica y pretende promover tales derechos.

Pero, por mucho que se eleve el nivel moral, por grandes que sean las aproximaciones a la justicia que se logren, el dinamismo que la distingue ha de llevarla a aparecer bajo la forma de la necesidad de reconocer nuevas exigencias, de proteger nuevos intereses. Las aspiraciones del presente, una vez conquistadas, se convierten en la plataforma desde la que se pretende alcanzar los retos del futuro en un movimiento interminable.

En esa tarea son muchos los obstáculos que es preciso remover y para conseguirlo el primer instrumento es cultural. Me refiero a la cultura de los derechos humanos, a la que capta su significado, a aquélla que los entiende como ingredientes esenciales de una cosmovisión coherente con la naturaleza humana. El pensamiento, cuando le asiste la fuerza de la razón, es la palanca capaz de mover las más pesadas cargas. Y poca duda cabe de que no hay nada más racional que asegurar a cada persona lo que deriva de su propia esencia como ser que piensa y lo que necesita para ser ella misma, incluido el medio gracias al cual existe y puede realizarse plenamente.

Me parece conveniente insistir en estas consideraciones tantas veces cuantas sean necesarias en lugar de reservarlas para las ocasiones en que se conmemoran acontecimientos significados, como, por ejemplo, el aún reciente

² Cfr. Immanuel Kant, «Artículos definitivos para una paz perpetua entre las naciones», en *La paz perpetua* (trad. de Joaquín Abellán). Tecnos, Madrid, 1985.

cincuentenario de la Declaración de París. Dado que se hace cada vez más perceptible que estamos en el tiempo de los derechos, es bueno insistir en la compleja realidad en que consisten para fomentar esa cultura y buscar los cauces apropiados para que en adelante nadie quede excluido de la posibilidad de disfrutarlos por causa de una injusta organización de las relaciones sociales y económicas.



EL SERVICIO DE LA CULTURA COMO DEBER Y ATRIBUCIÓN ESENCIAL DEL ESTADO *

Javier Tajadura Tejada

"Esta es precisamente la función y la misión del Estado, el facilitar y ayudar a conseguir los grandes progresos culturales de la sociedad. Esta es su vocación. Para eso existe; para eso sirvió siempre y seguirá sirviendo". F. LASALLE.

1. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de esta exposición, la función cultural del Estado, se ubica en lo que desde Jellinek se denomina "Teoría de los fines del Estado" y así ha sido abordado históricamente por los grandes tratadistas de la Teoría del Estado. Resulta en este sentido sumamente revelador como H. Heller en su conocida Teoría del Estado destacó la nueva misión cultural del Estado en los siguientes términos: "(...)su prestigio político (el del Estado) crece si se logra que el tipo de cultura representado por él sea adoptado como modelo para la formación de la vida. Las mismas formas del lenguaje, la literatura, la música y las artes plásticas, pueden, en determinadas circunstancias, obrar eficazmente en provecho del poder político. *Por eso concede tanta importancia el Estado moderno a la política cultural en el interior y a la propaganda cultural en el exterior. Ningún Estado puede renunciar a la utilización de los poderes espirituales para sus fines*"¹.

Ubicado así el tema en tan amplio contexto las páginas que siguen pretenden mostrar la recepción constitucional del fenómeno cultural y en particular la llevada a cabo por el constituyente español de 1978 que ha asumido con claridad y rotundidad esa función cultural del Estado de la que hablaran Carré de Malberg y Heller, entre otros, al considerar "el servicio de la cultura como un deber y atribución esencial del Estado" (artículo 149. 2 de la Constitución española).

2. CONSTITUCIÓN Y CULTURA

La irrupción de la cultura en el constitucionalismo es relativamente tardía. Por lo que respecta a nuestro país, ni una sola de las Constituciones españolas del siglo XIX incluyeron en su articulado la voz cultura. Ciertamente es que los textos constitucionales regularon materias conexas como la educación, la imprenta o la lengua, pero nunca hablaron expresamente de cultura.

* Este trabajo está basado en la intervención del autor en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho de la Cultura celebrado en Madrid los días 29 de noviembre a 3 de diciembre de 1999, y organizado por la Universidad Carlos III y la UNED.

¹ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, FCE, México, 1971, págs. 225-226. (cursivas mías)

Esta ausencia de la cultura en nuestras constituciones decimonónicas se dio también en el ámbito del constitucionalismo comparado. La recepción constitucional de la cultura tuvo que esperar hasta el siglo XX (Constituciones de Querétaro y Weimar).

En España, fue la Constitución republicana la que introdujo la cultura en el sistema constitucional. “Familia, economía y cultura” era el encabezamiento del capítulo II del Título III de dicho texto. A las “características culturales” de las regiones se refería el artículo 11. Y los artículos 48 y 50 aludían respectivamente al “servicio de la cultura” y a la “expansión cultural de España”. De hecho, el tema cultural recibió un tratamiento apasionado en las Cortes Constituyentes, debido a la fuerte polémica que suscitó el debate sobre la “unidad cultural de España”.

Ulteriormente, todas las constituciones europeas posteriores a la Segunda guerra mundial han constitucionalizado la cultura ².

Nuestra Constitución de 1978 no es, en este aspecto, una excepción. Son numerosos los preceptos del texto constitucional que recogen el sustantivo “cultura” y el adjetivo “cultural”: Preámbulo, arts. 9.2, 25.2, 44, 46, 48, 50, 143.1, 148.1.17, 149.1.28 y 149.2. En otros muchos, (3, 20, 27. . .) aparecen palabras cuya conexión con la noción de cultura es evidente: archivos, arte, artesanía, bibliotecas, ciencia, conservatorios de música, educación, investigación, lenguas, literatura, museos, patrimonio histórico-artístico, patrimonio monumental, técnica, tradiciones.

La profusión de preceptos que hacen referencia a lo cultural ha llevado a la doctrina a estudiar nuestra “Constitución cultural” ³ y a considerar la posible calificación de España como “Estado de Cultura”.

² Según PRIETO DE PEDRO, las constituciones portuguesa de 1976 y española de 1978 son “el modelo de la redacción más exhaustiva, sistemática y compleja que sobre dicho tema se ha realizado en un texto constitucional”, en “Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución”, *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, Madrid, 1978. Tomo II, p. 505. Esto es algo que dado el carácter “iberoamericano” de este Congreso debe ser subrayado.

³ La expresión “Constitución cultural” es utilizada con frecuencia por los autores italianos. Pizzorusso define el concepto con gran amplitud: “Al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica a las relaciones económicas deben situarse una serie de disposiciones de no menos trascendencia encaminadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen del uso que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos o económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversa manera a la misma y que se manifiesta, ante todo, en un conjunto de reglas generales tendentes a crear una situación ambiental que facilite lo más posible el ejercicio de las libertades individuales. En tanto que estas reglas generales, así como el principio de garantía de la persona y sus diversas especificaciones, encuentra su fundamento en una serie de opciones en las que se acepta un determinado modelo de cultura - y un consiguiente rechazo de otros modelos contrapuestos- parece oportuno integrar toda esta temática bajo la noción común de *constitución cultural*, destacando bajo esta rúbrica una dimensión distinta de la definida como *constitución económica*. por más que los nexos e interferencias entre una y otra problemática no sean en modo alguno infrecuentes”. PIZZORUSSO, A. *Lecciones*

La Constitución cultural viene definida por la interpretación sistemática de todos los preceptos que se refieren a la realidad pluridimensional en que la cultura consiste. Realidad pluridimensional porque en la Constitución la cultura presenta una triple faceta:

a) En primer lugar, la cultura es un ámbito de la vida humana, como lo es el político, el económico o el social. Tal es el sentido del párrafo quinto del Preámbulo constitucional al aludir a las dos dimensiones del progreso: la económica y la cultural. Dicha perspectiva se encuentra reflejada, de forma general, en el artículo 9. 2 que atribuye a los poderes públicos la tarea de facilitar la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social. El artículo 48 proyecta el principio a un sector social determinado: la juventud.

b) En segundo lugar, la cultura es un derecho. Ello se refleja en el artículo 44 de la Constitución. También en el artículo 25. 2 en relación con los presos y en el artículo 50 referido a la tercera edad.

c) Por último, la cultura es una función del Estado como se desprende claramente del importantísimo artículo 149.2, consecuencia lógica de lo anterior. A la función protectora de las "culturas" y promotora de la "cultura" alude también el Preámbulo constitucional. Para su cumplimiento el Estado cuenta con una notable variedad de instrumentos: artículos 20, 27, 43.3, 45, 46, 51.2.

de Derecho constitucional, traducción de J. Jimenez Campo, CEC., Madrid, 1984. Vol I, p. 193. En nuestro país en los últimos años se aprecia también un creciente uso de tal expresión por la doctrina. Torres del Moral al comentar el artículo 44 de nuestra Constitución escribe: "Generalmente, podríamos decir que en todo texto fundamental, al menos en el constitucionalismo más reciente, coexisten una Constitución política, una *Constitución económica* y una *Constitución cultural*. Tal sucede en la Constitución española". TORRES DEL MORAL, A. "Comentario al artículo 44 de la Constitución" en *Comentarios a las leyes políticas* dirigidos por Oscar Alzaga, Edersa, Madrid, 1984. Tomo IV, p. 210. También en *Principios de Derecho constitucional español*. Tercera edición, Madrid, 1992 Vol I, p. 88. La aparición del elemento cultural en el constitucionalismo más reciente, la existencia de una constitución cultural pone de manifiesto, según Prieto de Pedro, "una reciente sensibilidad, un énfasis nuevo en la valoración de este tema, un intento de aprehender jurídicamente la plenitud y la globalidad de su concepto metajurídico, desbordándose el estrecho horizonte constitucional previo, que se circunscribía a considerar en lo cultural la instrucción pública y, en parte, la libertad de imprenta y poco más ". PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura, culturas y Constitución*, CEC, Madrid, 1992. p. 204. Además de la excelente monografía del profesor Prieto resulta imprescindible la obra de VAQUER, M.: *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, CERA, Madrid, 1998. Sobre la Constitución cultural, TAJADURA, J.: "La Constitución cultural" en *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1998 y RUIZ ROBLEDO, A.: "La Constitución cultural" en *La Ley* núm 4751, 10 de marzo de 1999. Aluden también a la "Constitución cultural", entre otros, BASSOLS COMA, M. "El patrimonio histórico español: aspectos de su régimen jurídico". *Revista de Administración Pública*, núm 114, 1987. p. 94. FOSSAS, E. *Regions i sector cultural a Europa. Estudi comparat: Bèlgica, França, Itàlia i Espanya*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1990. p. 19. PEREZ MORENO, A. en el "Prólogo" al libro de BARRERO RODRIGUEZ, C. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Instituto García Oviedo, Madrid, 1990. p. 19.

Respecto a la expresión Estado de Cultura ⁴, hay que destacar que si bien no se halla expresamente recogida en el texto constitucional el amplio contenido cultural del mismo nos permite afirmar que España se constituye en un Estado de Cultura ⁵.

La asunción del progreso de la cultura como fin estatal es lo que diferencia a un Estado de Cultura de otro que no lo es. Tal asunción se verifica en nuestro Texto constitucional desde el mismo Preámbulo que considera objetivo básico del constituyente fomentar el progreso de la cultura y se concreta en la cláusula del artículo 149. 2 que veremos después. Este principio exige una acción positiva del Estado para hacer accesibles a todos los ciudadanos los bienes culturales. A lo largo del texto constitucional encontramos numerosos preceptos en que se atribuyen a los poderes públicos tareas en orden al desarrollo de la Cultura:

- a) Según el artículo 44.1. deben tutelar y promover el acceso a la cultura.
- b) De los artículo 27.4 y 9 se desprende que han de garantizar la gratuidad de la enseñanza. A los poderes públicos compete la programación general de la enseñanza, con la participación de los sectores afectados -el principio democrático modula así el cultural- y la creación de centros docentes (art. 27. 5), así como la vigilancia de todo el sistema educativo para garantizar que se cumplen las leyes (art. 27.8).
- c) El Estado, en virtud del artículo 44.2, ha de promover el desarrollo de la investigación y la ciencia en beneficio del interés general.
- d) El artículo 46 atribuye a los poderes públicos el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural.
- e) Otros muchos artículos contienen también obligaciones específicas del Estado en relación con lo cultural: artículos 25, 43.3, 50 y 51.

⁴ El origen de la expresión "Estado de Cultura" se sitúa en 1806 en la obra de Fichte "Die Grudzüge des gegenwärtigen Zeitalters". El pensador alemán empleó la expresión en un sentido muy amplio. Estados de cultura eran los Estados europeos occidentales surgidos en tiempo del cristianismo. La expresión adquiere sentido jurídico a partir de Bluntschli quien en su trabajo "Allgemeines Staatsrecht" publicado en 1852 clasifica a los Estados en Monarquías, Repúblicas o Estados de Cultura. "Los intereses culturales pueden determinar de forma especial la vida de un pueblo y es entonces cuando surgen los Estados de Cultura ". JUNG, O. *Zum Kulturstaatsbegriff*, Verlag Anton Hain, Meisenheim am Glan, 1976, pp. 10-30. Tomo la cita de PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura* . . . ob. cit. p. 213. La recepción constitucional de la expresión "Estado de Cultura" tuvo lugar también en Alemania un siglo más tarde. El artículo 3 de la Constitución del Estado de Baviera, de 1946, estableció: "Baviera es un Estado de Derecho, de Cultura y social que sirve al bien común".

⁵ En España, la idea aparece ya en la obra de LEGAZ LACAMBRA, que lo concibe como "un Estado que se subrogaría a la Iglesia como educador del pueblo y defensor de la moralidad" en "Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm 6, 1951, pp. 17 y ss. A partir de la Constitución de 1978, se advierte también una creciente presencia de la expresión "Estado de Cultura" en la literatura jurídica LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1984. Vol IV, p. 356. TORRES DEL MORAL, A. dedica un capítulo de su manual *Principios de Derecho constitucional español* al Estado de Cultura. *Principios*. . . ob. cit. p. 86. El sintagma que

3. EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA (ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA).

El artículo 44 de la Constitución de 1978 merece especial atención. Dicho precepto establece: "Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho". Disposiciones de este tenor son muy escasas en el Derecho constitucional comparado. Lo corriente en los textos constitucionales de nuestro entorno es emplear la expresión "derechos culturales". El antecedente de nuestro artículo 44 lo encontramos en la Constitución portuguesa de 1976 que dispone en su artículo 73.1: "Todos tienen derecho a la educación y a la cultura".

Como causas que explican la reticencia a reconocer el "derecho a la cultura" cabe señalar las siguientes ⁶:

a) La inseguridad del legislador ante la noción misma de cultura.
b) El temor a que de la cultura se derive una incontrolable demanda social de prestaciones.

c) Restos de un pudoroso recelo, heredado del viejo Estado liberal, a considerar la cultura como objeto de prestación de los poderes públicos.

Los constituyentes españoles y portugueses dan un paso decisivo a consolidar la cultura como un derecho autónomo, en concreto como un derecho de prestación ⁷.

En el caso español, la ubicación constitucional del "derecho a la cultura" en el capítulo tercero del título I, "De los principios rectores de la política social y económica", implica que las garantías del mismo son las previstas en el artículo 53. 3 de la Constitución: vinculación finalista de la actividad de los poderes públicos, aunque sin posibilidad de ser exigidos de forma directa ante los Jueces y Tribunales.

Una concreta especificación del derecho a la cultura, el derecho a la educación, que también se configura como derecho de prestación, se halla en capítulo aparte. Ello obedece a la voluntad del constituyente de otorgar al derecho a la educación las máximas garantías constitucionales. El artículo 27 goza de la máxima protección que ofrece el artículo 53. 2. "A pesar de una

nos ocupa ha llegado incluso hasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la mano de un voto particular a la sentencia de 13 de febrero de 1981 (F. j. 11): "Con ella el Estado, en cuanto *Estado de Cultura*, trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo. . .". También GALVEZ, J: "Al asumir los poderes públicos la difusión de la Cultura, su desarrollo tiene que pasar a constituir una de las finalidades del Estado". GALVEZ, J. "Comentario al artículo 44" en *Comentarios a la Constitución*, (GARRIDO FALLA, F. dir.) Civitas, 2a ed, Madrid, 1985. p. 803

⁶ PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura* . . . ob. cit. p. 280.

⁷ "El derecho a la cultura es un derecho social en todo el sentido de la expresión. Quiérese decir con ello, no solo que la cultura sea un bien social, sino que además tiene una proyección netamente social". GALVEZ, J. *Comentario* . . . ob. cit. p. 803.

historia no excesivamente brillante en nuestros textos constitucionales - escribe Lopez Guerra- y en la práctica gubernamental, el derecho a la educación básica se configura hoy como un derecho subjetivo accionable inmediatamente, siendo el Estado responsable de su satisfacción, en forma directa (centros públicos) o indirecta (subvenciones a centros privados), según la modalidad que la ley parlamentaria escoja ⁸.

El artículo 44 permite, pues, una visión plena, totalizadora, global del hecho cultural. Como señala Torres del Moral, el artículo 44 contiene "un concepto complejo y rico de cultura como cultivo del hombre en su más variada exigencia, como desarrollo de todas sus aptitudes, de todas sus capacidades; es la *paideia* de los griegos, la *humanitas* de los romanos, la *civilitas* del hombre medieval ⁹". En el mismo sentido, escribe Prieto de Pedro, "en el artículo 44 es donde la mención a la cultura despliega toda su plenitud semántica: en tanto condensa la dimensión público-subjetiva de los ciudadanos ante los poderes públicos en las posibles exigencias de acceso a las manifestaciones de la cultura, cumple una función globalizadora, de síntesis, de la totalidad de los contenidos comprendidos en la noción étnica de cultura, como derecho a la diferencia, y en la noción general de cultura, como facultad de acceder a los bienes del espíritu que esta noción incluye ¹⁰".

De la literalidad del precepto se desprende que el objeto del derecho constitucional recogido en el artículo 44 no es tanto el derecho a la cultura, como el derecho de acceso a ella. Como advierte Torres del Moral ¹¹, el derecho a la cultura es el derecho a los medios que faciliten su acceso; y como, por una parte, esos medios no son de producción y conservación espontánea, y por otra, dicho acceso no es abierto y libre, igualmente natural y económicamente factible sino que queda reservado a unos pocos, *el derecho a la cultura se convierte en el derecho a un servicio público*. Enlazamos así con el tema de la función cultural del Estado .

4. LA FUNCIÓN CULTURAL DEL ESTADO (EL ARTÍCULO 149. 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA).

Como señala Gálvez, el acceso a la cultura al que todos tienen derecho, tendrá que promoverse fundamentalmente partiendo de la organización y puesta en funcionamiento de los "servicios públicos culturales ¹²".

La existencia de dichos servicios es la lógica consecuencia de la nueva configuración del Estado tras la segunda postguerra mundial y de la incidencia

⁸ LOPEZ GUERRA, L. "Las dimensiones del estado social de Derecho" en *Sistema* . núm. 38 - 39, 1980. p. 181.

⁹ TORRES DEL MORAL, *Comentario al artículo 44* . . . ob. cit. p. 210.

¹⁰ PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura* . . . ob. cit. p. 281.

¹¹ TORRES DEL MORAL, A. *Comentario* . . . ob. cit. p. 214.

¹² GALVEZ, J. *Comentario* . . . ob. cit. p. 804.

de esta en su política cultural. Incidencia que siguiendo a Vaquer podemos afirmar que presenta una triple dimensión puesto que afecta a los instrumentos, a los ámbitos y a los fines de dicha política: "En primer lugar, se ha pasado -utilizando una conocida distinción de Forsthoff- de la 'constitución' a la 'acción' cultural, es decir, del mero diseño de un orden para la acción a la normalización de la acción en sí misma por parte del Estado. En segundo lugar, el Estado Social ha supuesto la universalización de los ámbitos de intervención estatal que, de reducirse prácticamente a la instrucción pública y la conservación del patrimonio histórico, han pasado a abarcar la generalidad de lo que conocemos como cultura. Y, en tercer lugar, este nuevo Estado se ha propuesto, más allá de la garantía formal de la libertad y la igualdad, promover positivamente su efectividad en el acceso de todos a los bienes culturales" ¹³.

La mera garantía de la libertad cultural no asegura el acceso de todos a la cultura. Los poderes públicos han de adoptar medidas positivas de desarrollo, a fin de hacer accesibles a todos los bienes culturales. ¿Quién garantizaría la conservación del patrimonio cultural si el poder público no asumiera dicha función?. ¿Estaría igualmente asegurada la educación de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, si el Estado no la concibiera como un servicio público?.

La aparición de los "servicios públicos culturales" es la lógica consecuencia de haber asumido el Estado como función, el desarrollo de la cultura, el progreso de la cultura, según la expresión del Preámbulo de la Constitución. Y haberlo asumido no como una función más, sino como "deber y atribución esencial" según la fórmula empleada por el artículo 149. 2 de la Constitución, verdadera cláusula de constitucionalización del Estado de Cultura que dice así: "Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas". La fórmula nos recuerda a la empleada por la Constitución republicana en su artículo 48: "El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado".

Vemos pues que nuestro ordenamiento constitucional recoge con toda claridad lo que podemos denominar un principio de intervención estatal en materia de cultura (artículos 9.2, 27.5, 44, 46, 48, 50 y 149. 2). La Constitución obliga a los poderes públicos (a todos, centrales y territoriales) a realizar una labor activa en la vida cultural para lograr que todos los ciudadanos tengan acceso a los bienes culturales. Y partiendo de este dato indiscutible es como hay que analizar la relación de ese principio constitucional con otro principio fundamental como es el principio de libertad cultural. En este sentido Ruiz Robledo ha advertido como "la tensión entre los principios de neutralidad y de intervención en la cultura del Estado es un epifenómeno de la tensión que se produce entre el Estado de Derecho, garantizador de unas libertades públicas

¹³ VAQUER CABALLERIA, M.: *Estado y Cultura* . . . ob. cit. pág. 64.

(gracias fundamentalmente a su abstencionismo), y el Estado Social, defensor de los sectores sociales más frágiles mediante una política activa e intervencionista”¹⁴.

La participación de una persona en la vida cultural puede ser activa, como creador de bienes culturales, o pasiva como receptor de los mismos. De esta dualidad se deduce que la obligación de los poderes públicos en materia cultural es doble: por un lado han de procurar que ninguna persona capaz e interesada deje de incorporarse al reducido círculo de creadores culturales; por otro lado han de velar por que todas las personas puedan disfrutar del mayor número de bienes culturales posibles. El Estado, por tanto debe promocionar tanto la creación como la difusión de la cultura, pero sin cercenar la libertad cultural. ¿Cómo alcanzar el necesario equilibrio entre ambos principios: libertad cultural y promoción de la cultura?. Ruiz Robledo responde a este interrogante con palabras que compartimos plenamente: “el equilibrio debe estar en algún punto medio entre el abstencionismo total de ni siquiera subvencionar económicamente las actividades culturales privadas (se vulneraría el principio de promoción) y el dirigismo avasallador de controlar cualquier iniciativa particular (se vulneraría el de libertad cultural)”¹⁵. En un principio puede parecer que desde un punto de vista jurídico esta respuesta es en exceso imprecisa e indeterminada. Sin embargo proyectada sobre los problemas jurídico-políticos que sobre el tema se plantean tiene una enorme virtualidad y es precisamente la de excluir esas posturas extremas.

En cualquier caso es preciso dejar bien claro que los poderes públicos no solo pueden fomentar la cultura mediante la fórmula habitual de subvencionar las iniciativas particulares, sino que pueden ellos mismos organizar las actividades culturales que estimen convenientes. El Tribunal Constitucional ha confirmado esta tesis referida al ámbito del fomento de la Ciencia: “No resulta en absoluto convincente -afirma el Alto Tribunal- la tesis de que el fomento de la investigación científica y técnica, dado su contenido, circunscriba la competencia estatal, y en su caso, la autonómica, al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades investigadoras privadas a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas honoríficas y similares, excluyendo como contrapuestas aquellas otras acciones directas de intervención consistentes en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras, sino que la señalada expresión engloba a todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de la investigación, entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial” (FJ 2 de la STC 90/1992, de 11 de junio).

¹⁴ RUIZ ROBLEDO, A.: “La Constitución. . . ob. cit. págs. 3-4.

¹⁵ *Ibidem*.

5. CONCLUSIÓN

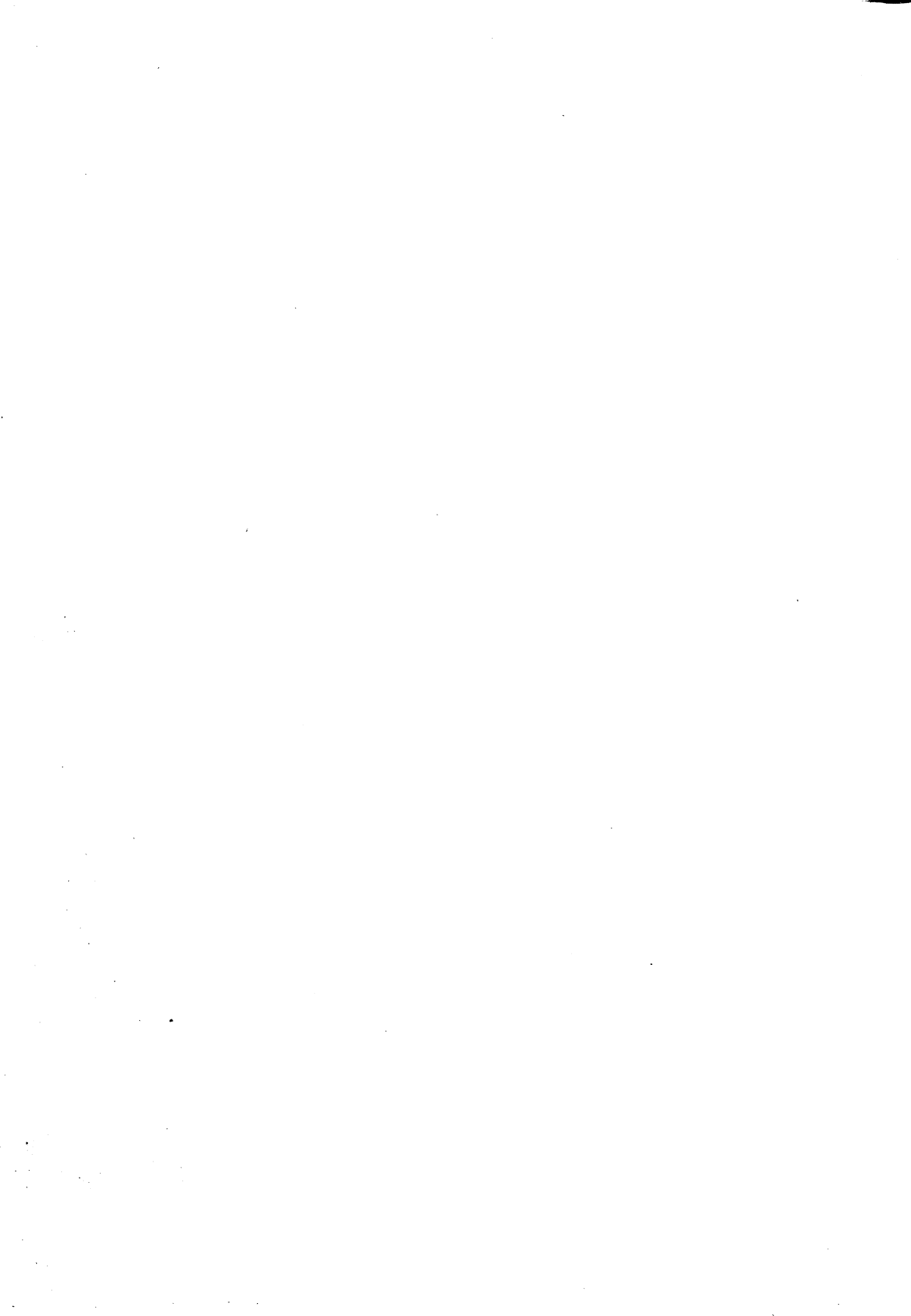
La profusión de preceptos constitucionales dedicados a lo "cultural" confirma el importante papel que el constituyente concedió en 1978 a la Cultura. La Constitución de 1978 es la primera en nuestra historia constitucional que contiene una concepción global, no fragmentaria y dispersa, de la Cultura.

La opción por un "Estado de Cultura" es una decisión política fundamental del constituyente que aunque no ha sido recogida en el artículo 1 de la Constitución puede deducirse con facilidad del Texto constitucional (especialmente de la cláusula del art. 149. 2).

Prieto de Pedro lo ha expuesto brillantemente. El Estado de Cultura viene a completar, no a negar, el Estado social y democrático de Derecho: "La profundización de la democracia -recordemos que el Preámbulo de nuestra Constitución plantea como meta final alcanzar una "sociedad democrática avanzada- más allá de garantizar la participación de todos los ciudadanos implica perseguir el objetivo cualitativo de hacer posible que esa participación sea más plena, más idónea, de forma especial mediante el reforzamiento de las garantías jurídicas de las instituciones que inciden en la formación y en el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, así como de los grupos en los que desenvuelven su existencia, es decir, de los institutos que aseguran la libertad de la cultura, su multiplicidad, su progreso y el igual acceso de todos los ciudadanos a ella. Si el Estado social llamó la atención sobre las garantías de lo económico-social en la persecución de ese objetivo de profundización de la democracia, el Estado de Cultura enfatiza la importancia cualitativa de lo cultural en su consecución. El Estado de Cultura no niega, pues, la aportación de las cláusulas de Estado democrático, Estado social y Estado de Derecho, sino que pretende situar en el corazón de ellas el valor de la cultura como radical principio humanizador de la acción del Estado ¹⁶".

En última instancia la opción por el Estado de Cultura supone asumir que como dijera Ortega la Cultura constituye el deber primario del Estado.

¹⁶ PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura* . . . ob. cit. p. 223.



DESMITIFICANDO LA PROHIBICIÓN DE EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN EL ORDEN FEDERAL ARGENTINO (*)

Víctor Bazán

Sumario: I. Presentación de los sistemas de control constitucional en los ámbitos nacional y provincial de la República Argentina: 1. En el contexto federal. 2. En el orden provincial. II. El problema y sus perfiles. III. La línea evolutiva de la jurisprudencia de la Corte sobre el particular: 1. Tesis prohibitiva. 2. Algunos precedentes o votos refrescantes. IV. Sustento de la tesis proscriptiva. V. Nuestra posición: Fundamentos para postular la institucionalización del control de constitucionalidad de oficio. VI. Epílogo.

I. PRESENTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS ÁMBITOS NACIONAL Y PROVINCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Introduitoriamente, y en orden a facilitar la comprensión del tema que abordaremos como núcleo de este trabajo, hemos juzgado conveniente puntualizar que el orden estadual argentino se encuentra diseñado sobre una estructura *federal*, lo que significa que las provincias que integran la Nación conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal; además, son autónomas, condición que las faculta para dictar sus propias Constituciones y normas locales (y regirse por ellas), erigir sus instituciones, elegir a sus autoridades, administrarse por sí mismas, etcétera.

Ello sentado, y con un convergente propósito explicativo, dedicaremos breves líneas a la caracterización del sistema de control de constitucionalidad en la República Argentina. Para ello, y como reflejo de la mencionada estructura estadual federal, nos vemos precisados a focalizar ambos ámbitos: nacional y provincial.

1. En el contexto federal

Como advertencia liminar, expresamos que el sistema de contralor constitucional vigente en la República Argentina se inspira en el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica: judicial, difuso, no especializado, reparador y con efectos ceñidos al caso concreto en el que se emite la sentencia; caracteres a los que nos referiremos *infra*.

En lo que concierne al *órgano de control* rige un sistema fiscalizador *jurisdiccional*, es decir, en cabeza de los magistrados judiciales, y *difuso*, desde que cualquiera de ellos puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto,

(*) Desde aquí, nuestro sincero agradecimiento al Dr. Edgar Carpio Marcos por la invitación a participar de esta prestigiosa publicación.

ordenanza, etcétera. Está claro que no existe un órgano específico (*v.gr.* un Tribunal Constitucional) que resulte recipiendario exclusivo del ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Es *posterior* o *reparador* pues se verifica luego de la sanción de la norma sujeta a control, es decir, que en nuestro país no existe el contralor judicial *preventivo*.

Ya en cuanto a la *vía* o *mecanismo* utilizables para el planteamiento de la inconstitucionalidad, en líneas generales, subsiste la *incidental* o *indirecta*, patentizándose cierta resistencia jurisprudencial a la aceptación de la *acción directa, pura o autónoma declarativa de la inconstitucionalidad*.

Desde el punto de vista de los *efectos* de la sentencia que plasma el control, la misma se ciñe al *caso concreto en el que se emite*, produciendo consecuencias jurídicas *inter partes*, por lo que se le niega eficacia derogatoria genérica respecto de la norma tildada inconstitucional, la que sigue siendo válida fuera del caso en cuyo marco su inconstitucionalidad fue determinada judicialmente.

Por fin, debemos señalar que la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina [en adelante: la Corte] se ha mostrado reacia a admitir la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad de oficio, es decir, sin petición de parte. Sin embargo, actualmente es dable verificar la convergencia de algunas pautas que permiten albergar esperanzas en cuanto al futuro (y, esperemos, definitivo) repliegue de tal posición renuente.

2. En el orden provincial

De acuerdo con lo anunciado, acometeremos un breve recorrido por las soluciones que brinda el paisaje de los ordenamientos *provinciales*, las que varían de acuerdo con el esquema que cada provincia haya adoptado constitucional o legalmente para regir en sus respectivas jurisdicciones. A riesgo de ser reiterativos, recordamos que cada Constitución provincial puede regular su propio régimen de administración de justicia local y el diseño de su normativa procesal.

Las opciones que plantea el Derecho Público Provincial comparado en la materia son múltiples, razón por la cual sólo abordaremos un breve señalamiento indicativo de las tendencias adoptadas. Es que detenernos en un análisis sistemático al respecto nos alejaría del propósito de la presente visualización introductoria. Veamos:

En cuanto al *órgano competente* para efectuar el control, la atribución viene deferida a todos los magistrados judiciales, es decir, es *jurisdiccional* y *difuso*. En las provincias que admiten –además de la acostumbrada *vía* de *excepción*– la procedencia de la *acción directa de inconstitucionalidad*, en general ésta debe plantearse ante el Superior Tribunal de Justicia provincial¹, por lo que –en

¹ Tribunal cuyas denominaciones varían de provincia en provincia, *v.gr.*: “Corte de Justicia”, en

estas hipótesis— el órgano controlador es *jurisdiccional concentrado*, mas coexistiendo con el *jurisdiccional difuso*².

Por su parte, y en relación con el *impulso* de la declaración de inconstitucionalidad, aquél se excita a *petición de parte*, sin embargo, algunos ordenamientos provinciales han dispuesto que el mismo opere *de oficio* por el tribunal actuante. Por ejemplo, y como apreciaremos *infra*, así lo estatuyen las Constituciones de San Juan (art. 11), La Rioja (arts. 9 y 132), Río Negro (art. 196, párr. 2°), San Luis (arts. 10 y 210) y Tierra del Fuego (art. 154, anteúltimo párrafo).

Por último, en punto a los *efectos* de la declaración de inconstitucionalidad (que algunos modelos sólo restringen al *caso concreto*), en ciertas provincias sus ordenamientos le han asignado consecuencias *erga omnes* y *abrogatorias* de la norma cuestionada; en otras, la solución dispuesta es un poco menos audaz, limitándose a disponer que la solución emitida por el Superior Tribunal de Justicia debe ser obligatoriamente aplicada por los tribunales inferiores³.

II. EL PROBLEMA Y SUS PERFILES

Ingresando en el nudo del problema en torno del que gira este trabajo, debemos comenzar advirtiendo que si bien la Corte no se ha expedido abiertamente en favor de la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, ha comenzado a patentizar ciertos signos que permiten inferir que dicha posibilidad terminará por imponerse, pues ha emitido algunos fallos que suavizan la fuerte exigencia otrora indispensable de introducir el *caso federal o constitucional*⁴ (también conocido como *cuestión constitucional o federal*) en ocasión de la primera oportunidad procesal con que contaba el recurrente.

Si pretensiones demasiado ambiciosas, en el trabajo que ponemos a consideración del lector intentaremos pasar revista a la evolución jurisprudencial que en esta materia ha patentizado la Corte, para luego dejar sentada nuestra

Catamarca, San Juan, etcétera; “Superior Tribunal”, en Río Negro, San Luis, Santiago del Estero, etcétera; “Corte Suprema de Justicia”, en Santa Fe; “Tribunal Superior de Justicia”, en Neuquén, Córdoba, etcétera; “Suprema Corte de Justicia”, en Mendoza.

² *Mutatis mutandi*, y siguiendo los lineamientos que ofrece García Belaunde, podríamos hablar de la existencia de un *sistema dual o paralelo*. Sobre el punto, ver de tal autor: “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La Ley*, T° 1998-E, Buenos Aires [en adelante: Bs. As.], República Argentina [en lo sucesivo: Rep. Arg.], págs. 1175 a 1182.

³ Es el caso de la Provincia de San Juan, cuya Constitución acuerda carácter “obligatorio” (para los órganos jurisdiccionales inferiores) a la jurisprudencia plenaria producida por el máximo tribunal provincial (artículo constitucional 209). En otro tramo de la normativa constitucional de dicha provincia, se ha establecido que “la inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente” (párrafo *in fine* del art. 11). Además, y en casos puntuales (cuando la petición de inconstitucionalidad viene planteada por el Fiscal de Estado) se confiere al máximo tribunal local jurisdicción originaria para ejercer este tipo de control *in abstracto* y con efectos *erga omnes* (cfr. arts. 208, inc. 2°, y 265 de la Ley Fundamental provincial).

⁴ Como recuerda Bidart Campos, el caso federal constituye el tronco vertebral del recurso

posición personal en favor de la necesidad de superar vetustas concepciones que niegan andamio al control de constitucionalidad de oficio, al tiempo que vehiculan injustificadas (auto)detracciones a la labor de la magistratura jurisdiccional, cuando de velar por el mantenimiento de la supremacía constitucional se trata.

A modo de deslinde conceptual, consignamos que a la expresión “control de constitucionalidad de oficio” se le asignará en el presente la significación de *contralor ejercitable sin petición de parte, mas en el contexto de un proceso judicial*, lo que, en la terminología de Sagüés⁵, sería declaración de oficio en sentido *total*. La aclaración terminológica recepta justificación en nuestro intento por sortear la ambivalencia semántica que permite considerarlo también como control *en abstracto o al margen de causa judicial*.

III. LA LÍNEA EVOLUTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL PARTICULAR

En orden a señalar la línea evolutiva de la doctrina judicial de la Corte sobre la declaración de inconstitucionalidad de oficio, es dable remarcar la existencia de ciertos eslabones importantes que denotan una *quasi* absoluta proscripción inicial y, luego, una posición prohibitiva constante –en líneas generales– aun cuando atemperada por ciertos precedentes que permiten alimentar la esperanza de un vasto sector doctrinario en el sentido de vivenciar el definitivo repliegue de una posición jurisprudencial tan prejuiciosa como carente de sustento. Sea como fuere, lo cierto es que hoy, la jurisprudencia de la Corte, al menos en cuanto al voto mayoritario se refiere, mantiene cierta renuencia en admitir la viabilidad del control de constitucionalidad *ex officio*.

Colateralmente, conviene decir que la reciente reforma constitucional de 1994 tampoco ha zanjado la cuestión, pues si bien ha positivado algunas trascendentes garantías constitucionales (amparo, hábeas data y hábeas corpus) a lo largo y a lo ancho del nuevo art. 43⁶ e incluido expresamente en la

extraordinario, y puede ser conceptualizado como una cuestión de derecho en la que directa o indirectamente esté comprometida la Constitución federal, sea en su interpretación o en su supremacía (Bidart Campos, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T^o II [“El Derecho Constitucional del poder”], Nueva ed. ampl. y actualiz., Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1993, pág. 638.

⁵ Es la hipótesis en la que el magistrado toma tal decisión cuando no media petición alguna de parte; la declaración de oficio en sentido *parcial*, para el autor rosarino, se configuraría cuando, existiendo requerimiento de parte, el juez se pronuncia estimatoriamente empleando un argumento no esgrimido por tal postulante (Sagüés, Néstor Pedro: “El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber”, *El Derecho* [Suplemento de *Derecho Constitucional*], N^o 9.714, Año XXXVII, Bs. As., Rep. Arg., 18/03/99, pág. 1).

⁶ El artículo constitucional 43 consta de cuatro párrafos: los dos primeros dedicados al amparo (clásico –párrafo 1^o– y colectivo –párrafo 2^o–); el tercero referido al hábeas data; y el cuarto, al hábeas corpus. Ver Bazán, Víctor: “Sobre la cobertura tuitiva del hábeas data (especial referencia al derecho federal argentino)”, *Revista del Foro*, Año LXXXVI, N^o 2. Colegio de Abogados de Lima, Perú, junio-diciembre de 1998, págs. 143/151.

parte *in fine* del primer párrafo de este precepto la posibilidad de que el juez del amparo declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la omisión lesivos, no ha aclarado si aquél recepta habilitación para hacerlo de oficio⁷.

1. Tesis prohibitiva

a. En cuanto a los precedentes en los que se visualiza la tesis prohibitiva extrema, es imposible soslayar siquiera una breve referencia a un hito negativo y prejuicioso en el derrotero jurisprudencial de la Corte.

Nos referimos al caso “S.A. Ganadera Los Lagos”⁸ (del 30/06/41), en el que a lo largo del considerando 12^o dejó sentado que “es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de ‘poder’, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del poder judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional”. Añadió la Corte –citando a Cooley– que “es indispensable un conflicto judicial y *un peticionante* cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto *por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos*”⁹ (bastardilla nuestra).

Previamente, en el considerando 8^o *in fine*, expresó la Corte que los actos administrativos que, “por serlo, tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio...[lo que] sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales”.

⁷ En realidad, se ha literalizado una facultad jurisdiccional que venía explícitamente proscripta por el art. 2, inc. ‘d’, de la Ley N.º 16.986 de 1966 (regulatoria del amparo contra actos u omisiones de autoridad pública). Pese a tal prohibición, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sentado jurisprudencia (con anterioridad a la reforma de 1994) en el sentido de que el contralor de constitucionalidad en el amparo era viable (ver sentencia emitida en el caso “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía - BCRA”, del 27/12/90 –*El Derecho*, T. 141, Bs. As., Rep. Arg., págs. 519 y ss.–).

⁸ En relación con los antecedentes jurisprudenciales previos a la consolidación de la tesis negatoria, ver Bazán, Víctor: “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, *El Derecho*, N.º 9.598, Año XXXVI, Bs. As., Rep. Arg., 01/10/98, págs. 4/5.

⁹ *Fallos*, 190:142, en esp. págs. 155/156.

b. No abusaremos de la paciencia del lector explayándonos en los diversos casos en los que la Corte aplicó la directriz hermenéutica prohibitiva; sólo nos permitiremos citar algunos de ellos: “Recurso de revisión interpuesto por el penado Emilio Nasir”¹⁰ (del 23/07/45); “Municipalidad de la Capital c/ Rodríguez, Pedro”¹¹ (del 31/05/46); “Recurso de hecho deducido por la actora en los autos Lagos, Adolfo c/ Lagos, J. y otros”¹² (del 01/07/46); “Morales, Dionisio c/ Cánovas, Manuel y Eduardo”¹³ (del 11/04/56); “Roncoroni de Claisse, Élide Josefa c/ Uhart, Roberto Domingo s/ excepción prórroga art. 3º, incs. d), g) y j), Ley 14.451”¹⁴ (del 15/12/61); “Montaña o Montagna, Inés Temporelli de c/ Consejo General de Educación y/o Prov. de Santa Fe y/u ocupantes Taller de Manualidades s/ desalojo”¹⁵ (del 15/03/67); “Sluzevsky, Jorge s/ jubilación”¹⁶ (del 03/11/67); “Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c/ Administración Gral. de Puertos”¹⁷ (del 24/04/79); “Martínez, Onoríbal s/ cancelación ciudadanía”¹⁸ (del 29/11/83); “Peyrú, Osvaldo Jorge”¹⁹ (del 02/07/87); etcétera.

De ellos, sólo evocaremos lo resuelto en el último de los casos nombrados (“Peyrú”), porque nos parece que es un ejemplo paradigmático de lo que *no debe hacer* un tribunal jurisdiccional. Veamos:

La sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –confirmando el fallo de su inferior en grado– declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley 21.898, no obstante que tal tacha no había sido impetrada por el actor. El temperamento apuntado se sustentaba en la convicción de que a los jueces les asiste la facultad de declarar de oficio la ley penal cuando presente un vicio manifiesto, además de que la norma en crisis había sido descalificada constitucionalmente en constantes pronunciamientos de la Corte Suprema.

La sentencia de la alzada fue atacada por la representación fiscal a través del recurso extraordinario, el que, admitido, condujo a la revocación de la sentencia de 2ª instancia a partir del criterio plasmado por la mayoría del tribunal, a pesar de la brillante disidencia de Fayt.

El detalle de los votos, dejando momentáneamente de lado el disenso de Fayt –sobre el que volveremos–, fue el siguiente: por la solución triunfante en definitiva, se expidieron Caballero y Bacqué. Por sus votos, lo hicieron Belluscio y Petracchi; aquél, mantuvo su posición favorable al control de constitucionalidad de oficio –tal como lo dejara sentado desde su disidencia compartida con Fayt

¹⁰ Fallos. 202:249.

¹¹ La Ley, Tº 42, Bs. As., Rep. Arg., págs. 886/888.

¹² Fallos. 205:165.

¹³ Fallos. 234:335. Específicamente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación corre transcripta entre las págs. 342 a 345.

¹⁴ Fallos. 251:455.

¹⁵ Fallos. 267:150.

¹⁶ Fallos. 269:225.

¹⁷ La Ley, Tº 1979-C, Bs. As., Rep. Arg., págs. 83 y ss.

¹⁸ Fallos. 305:2046.

¹⁹ Fallos. 310:1401.

en “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”–, mas en el particular se expidió por la constitucionalidad del art. 10 de la Ley 21.898, con lo que –por camino diverso– arribó a idéntica solución que la mayoría; a su turno, Petracchi también propició dejar sin efecto la sentencia recurrida directamente en virtud de que juzgó constitucional el art. 10 de la ley retrocitada.

Pasemos a los argumentos que desnudan la visión mayoritaria reacia a la viabilidad del contralor de oficio, ámbito en el que se sostuvo que:

· Si bien la sentencia cuestionada alude a ciertos precedentes en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley 21.898 (*Fallos*, 304:849; 304:1927; etcétera), “*con fundamentos que comparte en su actual integración* (sentencias del 2/4/85; en autos F.152.XX., Faag, Astrid Nora v. Gobierno Nacional –A.N.A.– s/ demanda contenciosa; del 15/8/85, T-96-XX, Thompson S.A. s/ apelación; del 15/10/85, F.207.XX, Frigorífico Garina S.A. s/recurso de apelación) *atendió con ello a la objeción constitucional oportunamente formulada por la actora, en tanto que ante la ausencia de dicho cuestionamiento en los autos concluyó que no era posible preterir la aplicación de la Ley 21.898 (Fallos, 305:294)*”²⁰ –considerando 3°–.

· Además, reenvía a la doctrina sentada en *Fallos*, 190:142 (“S.A. Ganadera Los Lagos”), en cuanto a que “es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de ‘poder’ la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración...[ya que] para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del poder judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional”.

· Por fin, puntualiza que si los textos normativos en juego no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconstitucionalidad por el afectado, no es dable expedirse de oficio al respecto (*Fallos*, 289:89²¹; 289:177²²; 305:2046²³; 306:303²⁴), excepto cuando se desborden los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de la propia Corte (*Fallos*, 238:288²⁵ y sus citas).

²⁰ Énfasis nuestro.

²¹ *In re*: “Nación Argentina c/ Loterszpil, Samuel” (sentencia del 28/06/74). Seguramente, el reenvío se refiere al considerando 7° de este pronunciamiento.

²² Autos: “Editora Popular Americana S.R.L. (Diario ‘El Mundo’) c/ Nación Argentina” (del 06/08/74). La remisión se dirige al considerando 13° de este fallo.

²³ Autos: “Martínez, Onoríbal” (del 29/11/83). Suponemos que el reenvío va en busca del considerando 3° de esta sentencia.

²⁴ Lo más importante de esta última sentencia (*Fallos*, 306:303), dictada *in re* “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”, no reside en la solución propiciada por la mayoría que terminó por imponerse, sino en la brillante disidencia de Fayt y Belluscio.

²⁵ Se trata de la sentencia emitida en el citado caso “Partido Provincial Unión Santiagueña” (del 19/07/57), en cuya parte final alude a la excepción apuntada, remitiendo a *Fallos*, 143:191 (*vid.* nota 41 de nuestro trabajo); 185:140 (véase la nota 40 de este artículo) –*inter alia*–.

La poco laudable solución a la que llegó la Corte en el caso estudiado, validando una norma que ella misma declarara inconstitucional en otros precedentes y revocando la sentencia recurrida, fue atemperada de algún modo por la lúcida disidencia de Fayt –y, en líneas generales, por la persistencia del planteo de Belluscio en favor de la declaración de inconstitucionalidad *ex officio*– Pasemos al voto disidente de Fayt:

Tal magistrado procura poner en evidencia el error que consiste en pensar que la exigencia de que exista un caso judicial concreto para que quede habilitada la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad, pueda limitar la facultad del juez de buscar, para las causas sometidas a su conocimiento, el encuadre normativo pertinente con prescindencia de las argumentaciones de las partes; facultad que no puede ser restringida cuando se encuentra en juego la Constitución Nacional –en adelante: C.N.– (*vid.* considerando 6°); que no debe confundirse el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio efectivizado en el marco de una causa judicial, haya o no sido objeto de petición por el afectado, con la declaración de inconstitucionalidad en abstracto, es decir, fuera de un caso judicial concreto (considerando 9°); que la facultad de garantizar la primacía de la C.N. es tanto propia de los jueces nacionales cuanto de los provinciales y, en particular respecto de la justicia nacional, Fayt considera errónea (con sustento en los arts. 2 y 3 de la Ley 27) la conclusión que imperara en la Corte (sentada en *Fallos*, 190:142) respecto de la expresión “de oficio”, ya que dicho Cuerpo la asimila a “en abstracto” o “sin causa judicial” (considerando 10°).

Creemos estéril extendernos en el comentario de la negativa impresión que nos merece la postura mayoritaria de la Corte en “Peyrú”, por lo que sólo diremos –para finalizar– que el cartabón hermenéutico propiciado en tal caso vulnera –entre otros principios fundamentales– la propia igualdad jurídica de los justiciables ante las respuestas intercadentes expedidas por el tribunal. Sólo resta dejar flotando el siguiente interrogante-reflexión: ¿Es justo someter la vigencia de las garantías y derechos constitucionales a una circunstancia tan contingente como la mayor o menor pericia de los abogados de las partes en un proceso, de tal suerte que el tribunal sólo *podrá* marginar por inconstitucional una norma aplicable al caso si tal conducta le viene requerida expresamente por los litigantes?

El absurdo fluye sin dificultad. La Corte estaba persuadida de la inconstitucionalidad de una determinada norma (inclusive, así lo había declarado en varios precedentes), mas en el caso concreto se abstuvo de hacerlo (y revocó la sentencia del inferior que, cumpliendo su deber constitucional, había censurado por inconstitucional al mencionado precepto) por cuanto no medió requerimiento de parte en tal sentido.

2. Algunos precedentes o votos refrescantes

Por un sendero inverso al discurrido por la posición reacia de la Corte, justo es recordar en la línea evolutiva de su jurisprudencia, los importantes jalones que marcaron, ejemplificativamente:

a. La sentencia emitida en el caso “Acosta, Héctor c/ Crys S.A.” (21/06/77)²⁶, en el que el tribunal admitió –según afirma Bidart Campos, comentando el fallo– que una cuestión de constitucionalidad introducida recién en 2ª instancia fuera resuelta por la alzada en ejercicio de atribuciones constitucionales (arts. 31 y ex 67 inc. 11 C.N. –actual art. 75 inc. 12²⁷–). Estima el autor citado que en la hipótesis, habría existido declaración de inconstitucionalidad de oficio porque aun cuando medió petición de parte, la misma fue extemporánea, lo que significa *tanto como que no la hubo, porque lo que se pide o propone a destiempo se tiene por no pedido ni propuesto*²⁸, conclusión anclada en la siguiente fundamentación: “La Cámara y la Corte entienden que pudo emitirse en 2ª instancia una declaración de inconstitucionalidad recién introducida en el proceso al expresarse agravios, no tanto porque a cierta altura del proceso la promovió la parte interesada, sino porque el control de constitucionalidad forma parte inherente e indisoluble de la jurisdicción judicial y porque el juez lo debe llevar a cabo aunque nadie lo incite a hacerlo. De no ser así, la Corte habría dicho que la alzada excedió la medida del recurso y de su competencia y hubiera descalificado el pronunciamiento por arbitrariedad”²⁹. Valga aclarar que los argumentos vertidos resultan –como veremos– perfectamente extrapolables al caso “Ricci” (que *infra* será brevemente colacionado).

Si bien lo decidido en “Acosta” provocó alguna euforia doctrinaria, cabe recordar que la Corte mucho tiempo antes había ya resuelto algún precedente en dirección coincidente. Así, en “Fernández Nogueira, José c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ cobro de pesos”³⁰ (del 16/12/40), luego de rememorar el principio genérico que marca que la cuestión federal debe ser planteada en los escritos que establecen las bases de la *litis contestatio* (considerando 2º), puntualizó (en el considerando 3º) que “sin embargo, no siempre es posible proceder en esa forma; por lo cual debe admitirse que, excepcionalmente y por causa justificada, la cuestión federal puede ser planteada después de aquella

²⁶ *El Derecho*, Tº 74, Bs. As., Rep. Arg., 1977, págs. 385/386.

²⁷ El art. 75 describe las competencias del Congreso de la Nación. En particular, su inc. 12, establece que es atribución de tal cuerpo dictar: los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social; leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad; sobre bancarrotas, falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado; y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

²⁸ Bidart Campos, Germán J.: “¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?”, *loc. cit.* en nota 26.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Fallos*, 188:482.

oportunidad”, para pasar a nominar los precedentes resueltos en idéntico sentido: *Fallos*, 153:319³¹; 175:262³²; 176:301³³. La importancia de la doctrina dimanante del pronunciamiento estriba en la pauta que la Corte intercala, aun a modo de excepción, y no tanto en el resultado concreto de la causa, puesto que concluyó “que la cuestión federal invocada por el actor para fundar el recurso extraordinario ha sido extemporáneamente introducida en el pleito” (considerando 10°), ya que habiendo tenido ocasión de incorporarla antes de la sentencia de 1ª instancia –en el alegato, si no hubiera omitido presentarlo–, “la ha planteado por vez primera en el memorial de expresión de agravios ante la Cámara Federal de Apelación” (considerando 9°).

b. Otros hitos sumamente importantes en el derrotero jurisprudencial de la Corte lo constituyen sin duda el premonitorio y laudable voto de Fayt y Belluscio *in re*: “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”³⁴ (del 24/04/84); la reiteración de tal postura en la disidencia conjunta de ambos en: “Pérez, María del Carmen y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”³⁵; la disidencia de Fayt y el voto de Belluscio en el citado caso “Peyrú”; etcétera³⁶.

³¹ *In re*: “Tobal y Cía. c/ Compañía Argentina de Navegación Nicolas Mihanovich Ltda. p/ defraudación a la renta de Aduana. Recurso de hecho” (del 17/12/28), en cuyo considerando 4° puede leerse: “que aun cuando sea exacto, como lo ha declarado la jurisprudencia, que la cuestión federal, base del recurso extraordinario, puede plantearse en el escrito respectivo de expresión de agravios, esto debe entenderse cuando dicha cuestión no haya podido traerse a juicio en la oportunidad debida para que sea materia del litigio”.

³² Caso: “Cubas, Pablo c/ Reyes, F. R. y otros s/ cobro de pastaje” (del 03/07/36), en el que la Corte sostuvo (considerando 2°) “que es verdad que la cuestión federal debe ser planteada, por acción o excepción, en la primera oportunidad en que las partes pueden alegar el derecho que les ampara o en que apoyan sus pretensiones (...), pero como esa oportunidad no se presenta siempre con claridad al trabarse la *litis contestatio*, la Corte ha considerado que procede el recurso siempre que «en el pleito y no después de terminado éste por sentencia de última instancia, se haya puesto en cuestión la validez de las leyes locales como contraria a la Constitución Nacional» (T° 160, pág. 101)”.

³³ Causa: “Barreiro Magariño, José - infracción a la Ley 346” (del 11/12/36), en la que la Corte reenvió (considerando 3°) a “Tobal y Cía.” (cit. en nota 31 de este trabajo), adunando que “toda cuestión federal que tienda a fundar el recurso extraordinario debe promoverse en los escritos que establecen los términos o bases de la *litis*, y sólo por excepción y por causa justificada puede ser suscitada después, como cuando en la sentencia de 1ª instancia se aplica una disposición legal o administrativa no citada por las partes durante la secuela del juicio y que, en concepto del litigante agraviado, ella está afectada de inconstitucionalidad y una vez alegada haya podido ser debatida suficientemente” (considerando 4°).

³⁴ Sentencia citada en nota 24 (ver, en especial, considerandos 4° y 5° del voto conjunto de ambos magistrados). El sesgo inoculado a tal voto, coincide en lo sustancial con el criterio expuesto por Fayt en la disidencia que emitiera en la causa “Ricci” –que *infra* será objeto de una escueta referencia–.

³⁵ *Fallos*, 310:1090. En cuanto a la solución del caso concreto, la disidencia de Fayt y Belluscio postulaba la no descalificación de la sentencia que condenó al pago de las sumas reclamadas por los actores con sustento en el art. 66 de la Convención Colectiva de Trabajo N° 165/75, declarando de oficio la inconstitucionalidad del art. 2, inc. ‘a’, de la Ley 21.476.

³⁶ Con anterioridad a tales precedentes, también puede computarse como un antecedente auspicioso el hecho de que la Corte dijera en el aludido caso “Nasir” (*vid.* nota 10), que “es de

c. En un meduloso trabajo, Haro indica algunos casos excepcionales en los que la Corte escapó del principio general negatorio de la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, entre los que incluye las hipótesis en que estuvo en juego su propia competencia federal en el marco de los actuales arts. 116³⁷ y 117³⁸ C.N. (ex arts. 100 y 101) y existió —a criterio de la Corte— una extralimitación por parte de la reglamentación, viéndose desbordados los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales³⁹, v.gr.: *Fallos*, 185:140; 238:288 —*inter alia*—; precedentes que serán reseñados a continuación:

En *Fallos*, 185:140⁴⁰ (del 08/11/39), la Corte expresó que la jurisdicción es de orden público, razón por la cual la suya no puede ser extendida, por el acuerdo ni por el silencio de las partes, a casos no comprendidos en la Constitución y en las leyes que la reglamentan (considerando 4^o)⁴¹.

En *Fallos*, 238:288⁴² (del 19/07/57), dijo la Corte que si bien es de principio que el control de validez de los actos de los demás poderes estatales no puede ejercerse de oficio por los jueces, hace excepción a él la hipótesis de que la reglamentación exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de la Corte y en la medida necesaria para determinar su competencia (considerando 3^o).

doctrina y de jurisprudencia no entrar de oficio al análisis de esa cuestión [constitucionalidad del Decreto de 03/08/44 del P.E.N.] *salvo que su silencio importe que se cause agravio fundamental* —cursiva nuestra— (considerando 4^o), dejando abierta una válvula para escapar excepcionalmente del criterio general impeditivo del control oficioso, en la medida en que se verifique la hipótesis descripta: causación de agravio fundamental.

³⁷ Norma que dispone: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75 [ver nota 27]; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

³⁸ El precepto establece que en los casos enumerados en el art. 116 *ibid.*, “la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

³⁹ Haro, Ricardo: “Perspectivas del control de oficio de constitucionalidad”, en el libro colectivo coordinado por Bazán, Víctor: *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., Rep. Arg., 1996, págs. 131/132.

⁴⁰ *In re*: “Sociedad Comercial e Industrial Francisco Cores Ltda. c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad y repetición de pago”.

⁴¹ Tal principio había sido sostenido, con anterioridad, en la causa: “El Gobierno de la Nación y la Unión de Fabricantes de Tejidos de Yute de España. Compromiso arbitral; sobre regulación de honorarios”, del 06/05/25 (*Fallos*, 143:191); precedente en el que la Corte consideró que su competencia originaria “ha sido taxativamente determinada por el artículo 101 [hoy art. 117 C.N.] de la Constitución y no puede ser ampliada ni restringida por las partes ni por la ley a diferencia de la jurisdicción de apelación que será ejercida según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (considerando 4^o).

⁴² Cit. en nota 25.

El autor recientemente citado menciona como otra hipótesis excepcional aquella en la que, aun sin existir causa judicial, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 17.642/68⁴³ regulatorio de un régimen de enjuiciamiento común para los integrantes de los tribunales superiores de provincia y de los representantes del Ministerio Público que ante ellos se desempeñaban, expidiéndose a través de la Acordada del 7 de marzo de 1968 (*Fallos*, 270:85).

En sentido coincidente, y por conducto del Acuerdo del 09/02/84⁴⁴, la Corte declaró *ex officio* inaplicable el art. 24 de la Ley 22.192 –que la facultaba para la designación de los integrantes del Tribunal de Ética Forense de entre los abogados inscriptos en la matrícula–, en virtud de que juzgó que tal prerrogativa excedía notoriamente el espectro de atribuciones jurisdiccionales que la Constitución le confiere y a las cuales debe ceñirse. Paralelamente, derogó los arts. 6 a 14 de la Acordada 13/80 (*Fallos*, 302:14) y los arts. 18 y 19 de sus disposiciones transitorias.

Cabe consignar que por Acordada del 08/10/91 el más alto tribunal federal declaró la nulidad de un decreto del poder ejecutivo por el que se suspendía por un año la vigencia del art. 7 de la Ley 23.853, de autarquía del poder judicial –B.O. 24/10/90–⁴⁵.

d. Es interesante reseñar brevemente lo resuelto por la Corte *in re*: “Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/ Accidente - Ley 9.688”⁴⁶, del 28 de abril de 1998.

El punto nodal de la cuestión a dilucidar por la Corte radicaba en la viabilidad de concretar el control de constitucionalidad en un supuesto en el que el recurrente había omitido introducir el caso federal en la primera oportunidad procesal a su alcance, debate que –pensamos– queda capturado en uno de más vasto calibre que apunta al discernimiento –bien que indirecto– de la potencial posibilidad jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de oficio de una norma legal.

El alto tribunal entendió *excepcionalmente* admisible la introducción del caso federal en ocasión de la expresión de agravios, para evitar la frustración del acceso del justiciable hacia una solución que brindara protección a las garantías constitucionales que alegaba; todo ello, teniendo en consideración el tenor de los derechos en juego y las particularidades de la causa, en la que se ventilaba la integridad psicofísica del trabajador; solución que se veía favorecida por cuanto en otro precedente (*Fallos*, 316:3104⁴⁷) la cuestión constitucional

⁴³ Haro, Ricardo; *op. cit.*, pág. 133.

⁴⁴ *Fallos*, 306:8.

⁴⁵ Cf. Bidart Campos, Germán J.; *op. cit.* [*Tratado Elemental...*], T. I [“El Derecho Constitucional de la libertad”], Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1993, pág. 173.

⁴⁶ El fallo *in extenso* puede ser consultado en *El Derecho*, *loc. cit.* nota 8, págs. 1/4.

⁴⁷ *Vid.* notas 63 y 64.

alegada había sido definida por la Corte en sentido coincidente al invocado por el recurrente.

En síntesis, el tribunal declaró admisible el recurso extraordinario incoado y dejó sin efecto la sentencia resistida. Todos los jueces de la Corte coincidieron en la solución antedicha, aunque dos de ellos –Fayt y Boggiano– escogieron discurrir caminos diversos, a través del planteamiento de sendas disidencias, para arribar a la meta común, mas brindando una importante y valiosa argumentación en pro de la institucionalización del control de constitucionalidad de oficio.

En su meduloso voto disidente⁴⁸ –al que no podemos menos que adherir–, Fayt señala –considerando 3º– que:

Los magistrados se encuentran facultados a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, bien que no en abstracto –es decir, fuera de una causa concreta–, para lo que no es necesaria la petición expresa de parte interesada;

el contralor constitucional versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que la potestad jurisdiccional de suplir el derecho no invocado por las partes o invocado en forma errada, incluye el deber de mantener la incolumidad de la supremacía constitucional establecida en el art. 31 C.N. (ver su texto en nota 57), aplicando –en caso de colisión normativa– la de rango superior, esto es, la constitucional;

del precitado artículo constitucional se desprende “la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Constitución para averiguar si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición”, lo que no puede quedar supeditado al requerimiento de las partes.

Por su parte, y del voto también disidente de Boggiano, puede extraerse como idea-fuerza de su planteo la necesidad de revisar el criterio de la Corte sentado en “S.A. Ganadera Los Lagos S.A.”, sustentándose en los siguientes argumentos⁴⁹:

La declaración de inconstitucionalidad sin solicitud de parte no entraña un avasallamiento de la judicatura sobre los restantes poderes del Estado, puesto que dicha tarea –de la esencia misma del poder judicial– involucra la función de controlar la constitucionalidad de las actividades de aquéllos en orden a mantener la supremacía de la Ley Fundamental (art. 31) –considerando 5º–, lo que constituye un deber del juez incluido en la facultad resumida en el adagio romano *iura novit curia*, ya que el control de constitucionalidad constituye una

⁴⁸ Que, como anunciáramos, coincide sustancialmente con el voto que, en coautoría con Belluscio, emitiera *in re*: “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario” (cit. en nota 24).

⁴⁹ Trama argumental que, en realidad, consiste en una reproducción de lo que tal juez manifestara en la disidencia planteada *in re*: “Banco Buenos Aires Building Society S.A. - Quiebra”, del 21/04/98. El fallo puede ser consultado en La Ley, *loc. cit.* en nota 2, págs. 236 y ss.

cuestión de derecho que si bien no puede ser declarada en abstracto, de ello no se sigue que la parte interesada deba requerir tal control en forma expresa para que el juez proceda a efectuarlo (considerando 6°);

- la atribución-deber que poseen los tribunales de justicia –nacionales y provinciales– de examinar las leyes para verificar si se conforman o no a la Constitución y abstenerse de aplicarlas si se oponen a ella, entraña uno de los fines superiores y fundamentales del poder judicial y una de las máximas garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados constitucionalmente contra los abusos de los poderes públicos, atribución que deriva de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que surge de la Constitución y que supone la necesaria subordinación de éste a aquél (considerando 7°);

- el control constitucional *ex officio* no afecta la *presunción de legitimidad (sic)* de los actos legislativos, desde que tal instituto es meramente provisional –*iuris tantum*– y cede en un sistema de contralor difuso como el argentino, frente a la verificación y declaración de invalidez de las normas por el poder judicial (considerando 8°). Tampoco implica una violación del derecho de defensa, pues –además de lo sostenido por Fayt y Belluscio *in re*: “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”– en el *sub examine* la accionada ha podido expedirse respecto de la validez de la norma cuya constitucionalidad se puso en juego, al momento de constestar los agravios en 2ª instancia y en ocasión de responder el traslado del recurso extraordinario articulado (considerando 9°);

- no obstante todo lo afirmado, la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico, debiendo estarse –en caso de duda– en favor de su constitucionalidad; por tanto, sólo deberá ser declarada cuando la repugnancia de la norma inferior en su cotejo con la suprema, sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (considerando 10°).

IV. SUSTENTO DE LA TESIS PROSCRIPTIVA

A esta altura del análisis, corresponde recordar que la base de sustentación de la prohibición autoimpuesta por la Corte (y, por extensión, algo más que subliminalmente transmitida a los magistrados inferiores) se concentra –en líneas generales– en las siguientes pautas⁵⁰:

- la acechanza del peligro de absorción de los poderes ejecutivo y legislativo por el poder judicial, con el consecuente demérito del equilibrio de los poderes del Estado; que tal hipótesis de contralor constitucional atentaría contra la presunción de validez de los actos estatales; que podría provocar la vulneración del derecho de defensa en juicio de las partes; y que resulta insoslayable la

⁵⁰ Cftar. Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional [Recurso extraordinario]*, T° 1, Astrea, Bs. As., Rep. Arg., 1989, pág. 133.

existencia de un perjuicio para la parte que acusa la inconstitucionalidad de la norma, por lo que –si no convergiera tal petición de parte– se presumiría la inexistencia del mentado daño, bloqueándose la posibilidad de ejercer el control constitucional.

V. NUESTRA POSICIÓN: FUNDAMENTOS PARA POSTULAR LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

a. En primer lugar, corresponde advertir que la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable*⁵¹ para dirimir la contienda.

Asimismo, y si de la declaración *ex officio* se predicara algún menoscabo a la aludida garantía, debería también descalificarse cualquier aplicación de una norma infraconstitucional que el juez hiciera sin que hubiese mediado petición de los litigantes, pues emergería la excusa de que los interesados no fueron oídos respecto de la aplicación de aquella al caso concreto⁵².

Además, la aludida declaración oficiosa no implica fallar *extra petita* ni soslayar el principio de congruencia, en tanto el juez se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la Ley Fundamental, tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes⁵³.

Es que, como con acierto se ha dicho, “la mera voluntad de las partes no puede corregir la incompatibilidad de una norma no constitucional con la fundamental, primera y mayor resultante de la voluntad colectiva”⁵⁴. Parafraseando a Linares, podría conjeturarse que la ley o el acto administrativo sujetos a contralor constitucional pueden tener *fundamento de existencia* (en cuanto fueron dictados y hacen parte del derecho vigente) y *fundamento de esencia* (desde que se apoyan en normas jurídicas), pero carecer del *fundamento de razonabilidad* por resultar injustos⁵⁵; y es allí donde debe

⁵¹ Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*. T. III. Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1997, pág. 439.

⁵² Cfr. disidencia de Fayt y Belluscio (considerando 5), *in re*: “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario” (cit. en nota 24, específicamente pág. 315).

⁵³ Bidart Campos, Germán J.: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1987, pág. 155.

⁵⁴ Del voto minoritario (del Dr. Ghione) expedido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa “Olivera, Enrique” (de 29/09/92). *Jurisprudencia Argentina*, T° 1993-II, Bs. As., Rep. Arg., págs. 208 y ss., especialmente en pág. 212.

⁵⁵ Linares, Juan Francisco: *Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2ª ed. actualiz., 1ª. reimpr., Astrea, Bs. As., Rep. Arg., 1989, pág. 108.

patentizarse el control a su respecto (una vez verificada la *injusticia* que evidencian), aun cuando los restantes fundamentos resulten teórica u objetivamente cumplidos.

Todo ello, sin olvidar que el control de constitucionalidad no es una concesión graciosa conferida a los jueces, sino –a la par que atribución– un *deber* que sobre los mismos se cierne en pro de mantener la incolumidad jerárquica de la Ley Fundamental.

b. Ilustrativamente, consignamos que en éste, como en otros aspectos, el Derecho Público provincial comparado ofrece interesantes aportes.

En efecto, ejemplificativamente, la Constitución de la Provincia de San Juan prescribe en su art. 11 que “toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces *deben* declarar su inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas...” [bastardilla nuestra] –*vid. supra* nota 3–.

En sentido similar al sesgo impreso a la norma sanjuanina, se han expedido las siguientes Constituciones provinciales –citadas enunciativamente–:

- de La Rioja, que prevé que aquel *deber* de declaración de inconstitucionalidad se efectivizará *a requerimiento de parte o de oficio* (art. 9), complementando tal previsión con lo dispuesto en el art. 132 *ibid*, en el que se entroniza el *deber* judicial de mantener la supremacía constitucional, enfatizando –acertadamente a nuestro juicio– que el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho;
- normativa sustancialmente similar a la riojana ofrece la Constitución de San Luis, a través del interjuego de sus arts. 10 y 210;
- a su turno, la de Río Negro establece en su art. 196, párrafo 2º, como una de las funciones del poder judicial la de verificar la constitucionalidad de las normas que aplica, *a pedido de parte o de oficio*; y
- por su parte, la de Tierra del Fuego edicta que el Poder Judicial verificará, *a pedido de parte o de oficio*, la constitucionalidad de las normas que aplique (art. 154, anteúltimo párrafo).

Como sintetiza Bidart Campos, cuando el derecho provincial brinda habilitación a sus tribunales para ejercer *ex officio* el control de constitucionalidad, no resultaría de aplicación en la jurisdicción local una jurisprudencia de la Corte Suprema que descalifique tal tipología de contralor⁵⁶.

c. Por otra parte, el *iura novit curia* que a modo de directriz activan los jueces para la orientación y fundamentación de las soluciones jurisdiccionales que expiden, constituye un deber que engloba en su seno al de mantener la supremacía de la C.N. (cfr. art. 31⁵⁷), lo que importa que el juez aplique, en

⁵⁶ Bidart Campos, Germán J.; *op. cit.* [La interpretación y el control...], pág. 158.

⁵⁷ Norma que dispone: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se

caso de colisión de normas, la de mayor jerarquía (esto es, la constitucional), desechando la de menor valor. La confrontación de la norma inferior con la superior no es –ni podría serlo– totalmente aséptica ni mecánica (del tipo de colocar exclusivamente norma sobre norma prescindiendo de otros componentes extranormativos), sino que –como veremos *infra*– involucra otros importantes elementos fácticos, axiológicos –*inter alia*–⁵⁸.

Es que, como subraya Sagüés, el principio de supremacía constitucional además de tener sustento normativo (cfr. el multicitado art. 31 C.N.), *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*⁵⁹. Está claro que la custodia de tan elemental principio no podría –a riesgo de caerse en un simplismo formalista impresentable– quedar supeditada a la mera petición de las partes en el proceso.

d. Tampoco resiste embate analítico alguno el argumento de que la declaración de inconstitucionalidad de oficio destruye la presunción de validez o constitucionalidad de las normas estatales, pues obviamente se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, desvirtuable, y en el supuesto de que el juez constate que la norma de marras resulta lesiva de la Constitución, la pretendida virtualidad presuncional deberá ceder frente a la obligación de mantener indemne la supremacía constitucional, sin olvidar que tampoco se entendería de qué modo dejaría de ser atentatoria de la mentada presunción la concreta petición de una de las partes en el proceso por la que reclama expresamente la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada⁶⁰.

Desde nuestro punto de vista, la presunción de validez de las normas y actos estatales no implica una presunción de *legitimidad*, sino de *legalidad*. La norma o el acto pueden ser legales mas no legítimos, y entonces, aun cuando superen el test de legalidad (cumplimiento objetivo de la normativa vigente), *deben* ser declarados inconstitucionales si no lo hacen respecto de la prueba de legitimidad (coherencia entre lo enunciado en la norma y lo dado en la realidad o análisis de los efectos del precepto en su aplicación al específico caso *sub lite*), labor para cuyo cabal cumplimiento es absolutamente irrelevante si existe o no petición de parte. Aquel análisis de *legitimidad* entraña una vinculación axiológicamente más profunda (que incluye, por ejemplo, el examen de

dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”.

⁵⁸ Sobre el punto, coincidimos con Sagüés, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*. Depalma, Bs. As., Rep. Arg., 1998, pág. 114.

⁵⁹ Sagüés, Néstor Pedro, en el prólogo al libro de Bianchi, Alberto B.: *Control de constitucionalidad*, Ed. Ábaco. Bs. As., Rep. Arg., 1992, págs. 13/14.

⁶⁰ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro: “La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (Un problema de sociología judicial)”, *La Ley*, T° 1981-A, Bs. As., Rep. Arg., pág. 846.

razonabilidad como fundamento de justicia) que la que se configura respecto de la *legalidad*, que —a nuestro juicio— se ciñe a la obediencia de la letra de la ley.

e. Respecto de lo precedentemente afirmado en punto a que la verificación jurisdiccional de constitucionalidad debería involucrar en el marco del examen de legitimidad a las consecuencias de la norma en su vivencia aplicativa al caso concreto, no se nos escapa —por cierto— el criterio sustentado por la Corte en diversos pronunciamientos, en el sentido de que el debate sobre la razonabilidad de una ley no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de sus previsiones y *de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación*⁶¹ (cursiva nuestra).

Pero si confrontamos tal afirmación de la Corte con la que, surgida de la misma fuente dimanante, expresa que las leyes *resultan* irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una iniquidad manifiesta⁶² (el subrayado nos pertenece), nos parece que la frontera no es tan nítida como para distinguir matemáticamente las hipótesis en las que sería improcedente la declaración de irrazonabilidad de las que no lo sería. Es que para cotejar si medios y fines legales son adecuados habrá que determinar en la práctica los efectos que el precepto produce, lo que automáticamente nos llevaría a examinar *los resultados posibles de su aplicación* (y, eventualmente, un estudio de factores extranormativos) a un caso concreto, por cuanto no debemos olvidar que para que exista contralor de constitucionalidad debe mediar *causa sometida a juzgamiento*. Además, tampoco nos parece coherente que no se permita la corrección judicial por la irrazonabilidad respecto de los *resultados* posibles de su aplicación y sí se la estime procedente cuando las leyes *resulten* irrazonables, pues —más allá de la coincidencia lingüística entre el sustantivo empleado en la prohibición (*resultados*) y el verbo utilizado en la hipótesis permisiva (*resulten*)—, en ambos casos el tribunal deberá hacer mérito de las consecuencias o efectos que la norma puesta en crisis produce en el caso específico cuya solución jurisdiccional se le requiere (*efecto o consecuencia = resultado; que produce = que resulta*).

⁶¹ V.gr., Fallos. 299:45 (“Feito García de Carreira, María Isabel c/ Muñoz, Alberto”).

⁶² Por ejemplo, *in re*: “Azar, Juan Roberto” (Fallos. 299:428). Las concepciones permisiva y la prohibitiva a que aludimos en el texto, fueron también expuestas —ejemplificativamente— en “Mickey S.A.” (de 05/11/91, considerandos 5° y 6° cuyo texto íntegro puede consultarse en *Jurisprudencia Argentina*, T° 1992-I, Bs. As., Rep. Arg., págs. 27/31), precedente en el que la Corte concluyó sosteniendo que los jueces deben expedirse por la legitimidad de la norma si tienen la certeza de que ella expresa fielmente “la conciencia jurídica y moral de la comunidad”. Esta última afirmación también fue expuesta en “Abal, Edelmiro y otros c/ Diario ‘La Prensa’” (Fallos, 248:291, considerando 24° —específicamente, en pág. 324—), manifestando el Tribunal *in verbis*: “Ningún acto judicial puede ser mantenido si sus más obvias inferencias hieren la conciencia jurídica y moral de la comunidad, manifestada en las normas y principios de la Constitución”.

De cualquier modo, justo es reconocer que la Corte ha experimentado una morigeración de su rigidez perceptiva cuando de examinar la irrazonabilidad de una norma se trata, al haber puntualizado que “corresponde declarar la inconstitucionalidad de normas que –aunque no ostensiblemente incorrectas en su inicio– devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional, pues el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Carta Magna”⁶³; criterio que, en definitiva, fue el plasmado por el tribunal en la mencionada causa “Ricci”, específicamente en su considerando 4^o, en tanto concreta un reenvío a los fundamentos de *Fallos* 316:3104⁶⁴, cuyo considerando 11^o recepta textualmente la pauta hermenéutica transcrita.

f. Por último, conviene aludir a Ferrajoli, quien puntualiza que la tesis del iuspositivismo dogmático que afirma que para el juez existe una obligación jurídica de aplicar las leyes vigentes, no es del todo verdadera –al menos en los Estados de Derecho dotados de una constitución rígida [como es el caso de nuestro país, aun cuando –quizás– mitigada tal rigidez postreforma de 1994]–, ya que “cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces –incluso aun menos para los jueces– una obligación jurídica de aplicarlas”, ya que al discernirse en éstos el poder de interpretarlas y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contrastar con la Constitución, mal puede decirse –en rigor– que tengan la obligación jurídica de aplicarlas⁶⁵.

Añade que la circunstancia de que una ley se encuentre vigente sólo significa que está contenida en un texto legislativo no anulado, pudiendo –por ende– ser aplicada mediante decisiones válidas respecto de ella, lo que no quita que pueda, igualmente, no ser aplicada cuando el juez la considere inválida; subraya que, en este último caso, debería decirse más bien que el juez “*debe* no aplicarla si no se tratase de un deber puramente potestativo, es decir, dependiente del juicio de invalidez formulado por él mismo” [énfasis del original]⁶⁶.

Si el deber jurisdiccional de *no aplicación* existe (como estamos seguros de que así sea), no aparece razonable condicionar su cumplimiento a la convergencia de un pedimento de parte.

⁶³ *Fallos*, 301:319 (considerando 6^o); 316:3104 (considerando 11^o).

⁶⁴ Se trata de la causa “Vega. Humberto Atilio c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/ accidente - Ley 9.688”, resuelta en fecha 16/12/93 (*Fallos*, 316:3104).

⁶⁵ Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón [Teoría del garantismo penal]*, 2^a ed., Ed. Trotta; trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantareros Bandrés; Madrid, España, 1997. págs. 872/873.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 873.

VI. EPÍLOGO

De todo cuanto aquí fue dicho, surge con claridad que –como con agudeza afirma Sagüés–, “la tesis negativa podrá ser cualquier cosa, menos lógica”⁶⁷. Tanto es así, que Bianchi ha llegado a catalogar de “mito” al principio de inhabilitación judicial para ejercer el control de constitucionalidad sin requerimiento de parte interesada⁶⁸, lo que nos ha dado pie –paráfrasis mediante– para dar título a este trabajo.

Sea como fuere que continúe delineándose el itinerario de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en la perspectiva de la Corte, y aunque íntimamente hacemos votos por la continuidad aplicativa genérica de la solución que en “Ricci” brindó el alto tribunal federal (y la saludable doctrina emergente de las sustanciosas disidencias formuladas por algunos de sus integrantes), dicho precedente permite abrigar esperanzas en el sentido de que se alejará el desacertado criterio de imposición de una especie de *sui generis self-restraint*⁶⁹ –que no surge explícita ni implícitamente de la Ley Fundamental ni de la normativa infraconstitucional– respecto del mandato imperativo que se cierne sobre todo magistrado de *inaplicar* las normas que resulten contrarias a la Constitución, procediendo a su descalificación, medie o no petitorio de las partes.

Es que fuera y más allá del provecho particular de éstas, se erige el prioritario interés general –que debe ser resguardado por la magistratura judicial– de mantener la incolumidad de la Constitución, lo que en modo alguno implica que desde estas líneas alentemos un deslizamiento hacia el otro extremo del *continuum*, propiciando una “hiperinflación” de declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o de la irresponsabilidad, lo que conduciría a una banalización de tan trascendente labor a cargo del poder judicial.

Paralelamente, y ya desde el estricto plano de las partes en el proceso, la omisión de peticionar la impugnación de inconstitucionalidad en que incurrieren, no debe operar como presunción de renuncia a los derechos subjetivos que pudieran estar lesionados y que los omitentes titularizan⁷⁰.

⁶⁷ Sagüés, Néstor Pedro; *op. cit.* [“El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas...”]. pág. 1.

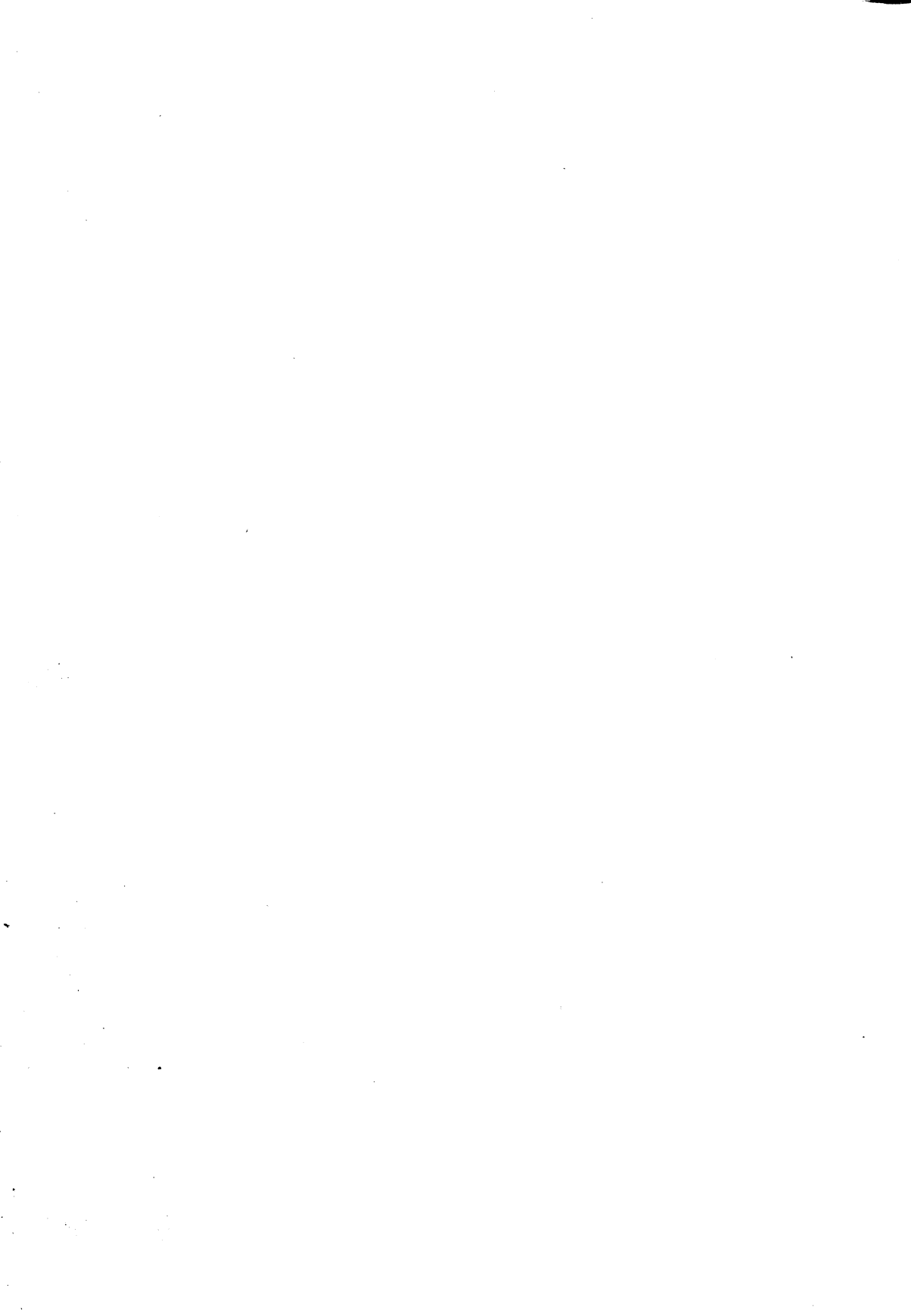
⁶⁸ Bianchi, Alberto B.; *op. cit.*, pág. 207.

⁶⁹ Pensamos que ello implica una autodetracción injustificada al propio plexo competencial de la judicatura. Para ampliar, *vid.* Bazán, Víctor: “Sobre las denominadas cuestiones no judiciales y las detracciones injustificadas al Poder Judicial”, en el libro colectivo *Temas de Derecho Administrativo*, T. III, Foro de Abogados, San Juan, Rep. Arg., págs. 183/204.

⁷⁰ Bidart Campos, Germán J.; *op. cit.* [La interpretación y el control...]. pág. 154.

Causa: “Barreiro Magariño, José - infracción a la Ley 346” (del 11/12/36), en la que la Corte reenvió (considerando 3°) a “Tobal y Cía.” (cit. en nota 31 de este trabajo), adunando que “toda cuestión federal que tienda a fundar el recurso extraordinario debe promoverse en los escritos que establecen los términos o bases de la *litis*, y sólo por excepción y por causa justificada puede ser suscitada después, como cuando en la sentencia de 1ª instancia se aplica una disposición legal o administrativa no citada por las partes durante la secuela del juicio y que, en concepto del litigante agraviado, ella está afectada de inconstitucionalidad y una vez alegada haya podido ser debatida suficientemente” (considerando 4°).

En síntesis, nos parece que la tesis que postula la proscripción de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas aparece destituida de todo fundamento jurídico, ya que la supremacía constitucional es de orden público y el requerimiento de las partes no puede funcionar como elemento determinante de la actividad jurisdiccional cuando de desechar normas refractarias a la Constitución se trate.



CONSTITUCION Y PRINCIPIOS JURISDICCIONALES

Humberto Uchuya Carrasco

SUMARIO: 1. Consideraciones Preliminares. 2. A modo de Introducción. 3. Los Principios Jurisdiccionales: 3.1.- Principio de unicidad y exclusividad. 3.2.- Principio de independencia y autoridad de cosa juzgada. 3.3. Del debido proceso, tutela jurisdiccional y derecho al juez natural. 3.4. Principio de publicidad de la función jurisdiccional. 3.5. Principio de motivación de las resoluciones judiciales. 3.6. Principio de la instancia plural. 3.7. Principio de indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias. 3.8.- Principio de integración de la ley. 3.9. Principio de legalidad en materia penal y restricción de derechos. 3.10. Principio "nullum poena sine iudicio". 3.11. Principio "in dubio pro reo". 3.12. Principio de no haber condena en ausencia. 3.13. Principios "non bis in idem" y "res iudicata". 3.14. Principio prohibitivo de la indefensión. 3.15. Principio de información inmediata de la detención. 3.16.- Principio de la gratuidad de la administración de justicia. 3.17.- Principio del control popular sobre la magistratura. 3.18.- Principio de ejecutabilidad de las decisiones jurisdiccionales. 3.19.- Principio de constitucionalidad de la función jurisdiccional. 3.20.- Principio de análisis y crítica de las resoluciones judiciales. 3.21.- Principio de ejecución de una condena en ambiente justo. 3.22.- Principio de la resocialización penitenciaria. 4.- A manera de conclusión. 5.-Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Para garantizar las cruentes conquistas de la humanidad en cuanto a sus fundamentales derechos políticos, civiles y sociales, y su permanente vigencia, ha sido necesario estatuirlos simultáneamente con el acto fundacional o constitutivo –y también modificativo- de cada Estado., en un documento de suprema jerarquía interna que, universalmente, se denomina Constitución Política.

Así pues, el término Constitución Política, tiene un triple significado: en primer lugar, es la forma de gobierno que tiene adoptado cada Estado; en este sentido se dice que tal nación es una república unitaria, república federada, monarquía constitucional, etc. En segundo lugar, es el acto jurídico-político fundamental o contrato social en el que están determinados los derechos y deberes de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que el Estado se compone. Y, en tercer lugar, tratándose de una Constitución escrita o formal, es el documento autógrafo "ad solemnitatem" que contiene el acto de constitución jurídico-político del Estado.

La Constitución Política del Perú, como toda Constitución escrita, está conformada por dos partes de contenido diferente: una parte dogmática, declarativa de los principios, derechos y deberes inherentes a la persona humana, familia, sociedad, nación, Estado y el régimen económico; y, otra parte estructural, que determina la supradistribución, equilibrio, facultades y límites del poder constituido; esto es, de los tres órganos de función del Poder del Estado, denominados Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y otros órganos autónomos de control; parte ésta a la que, precisamente, nuestra Carta Política denomina Estructura del Estado. Y, siguiendo las corrientes constitucionales

modernas, se incluye una parte coercitiva destinada a establecer, además del control difuso de la Constitución que consagra el Art. 138 de la Carta, el órgano y los mecanismos del control directo de la constitucionalidad por intermedio del Tribunal Constitucional, a que hace referencia el Art. 201 de la misma, con una tríptica competencia de control de normas, conocimiento en última instancia de resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento y, resolución de conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución; que garantizan a su vez el respeto de los principios, derechos, deberes, estructura del Estado, ordenamiento jurídico de la Nación, etc., con la finalidad de preservar el Estado Democrático de Derecho; evitando que los mandatos constitucionales queden como simples declaraciones y pronunciamientos retóricos; mecanismos instituidos ora para reponer el derecho fundamental conculcado, ora para restituir el rango de las normas jurídicas incompatibles entre sí, ora, finalmente, para hacer cumplir el imperio de la ley al funcionario renuente a su acatamiento.

Atendiendo, pues, estas consideraciones liminares, nuestro Estatuto Político comienza por el capítulo destinado a los derechos fundamentales de la persona humana, cuyo conjunto constituye el mínimo que se debe reconocer a cada persona de modo individual; son pre-requisitos "sine qua non" para la existencia de una vinculación jurídicamente válida entre los seres humanos, es decir, dentro del conglomerado social, y que la doctrina ha denominado derechos de primera generación. Sigue con el capítulo de los derechos sociales y económicos, que regula las relaciones de las personas entre sí, o sea, ya inmersa la persona en los núcleos, sectores y estratos de la vida en sociedad, estatuyendo que derechos tiene una persona de segunda generación. Y, concluye con los derechos del perfeccionamiento del desarrollo humano dentro de los cuales se encuentran los ambientales elevados a rango constitucional considerando su inconcusa importancia en la íntima relación vital hombre-naturaleza, especificados como derechos de tercera generación.

Ahora bien, nuestra Carta Política en el Capítulo VIII del Título IV de la Constitución Política de 1993, trata lo referente al Poder Judicial, cuyo Art. 139 consagra determinados derechos de los justiciables, los mismos que por su gran importancia el repartidor constituyente los consideró como fundamento esencial de la labor jurisdiccional, a cuyo efecto se les denominó principios.

Sin embargo, a pesar que tales principios aparecen consagrados en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, estos no solamente rigen para la función jurisdiccional, sino también, para otras funciones en cuanto le sean aplicables, situación que amerita su tratamiento.

Estando "ad portas" del tercer milenio y, encontrándonos con una crisis no solucionada del Poder Judicial, cuyo mayor cuestionamiento es sobre sus regimentaciones jurídicas, constituye una necesidad imperiosa analizar las razones o los fundamentos constitucionales de su legitimidad funcional.

2.- INTRODUCCION.

Se sostiene con mucho fundamento que la Constitución de 1993, es repetitiva en muchos aspectos de la Carta de 1979, lo que evidencia que ésta última era una buena carta en lo concerniente a los derechos humanos y la estructura del Estado y, si existía algún desfase histórico en 1993 en lo referente a la economía, descentralización y regionalización, entre otros, podían ser solucionados mediante una reforma constitucional, al amparo del Art. 306 de la abrogada.

Sin embargo, al tratar algunas instituciones políticas, la Carta vigente sin modificar el aspecto sustancial de regular un mismo campo u objeto político, ha cambiado la redacción de muchos artículos de la anterior, como ocurre en lo concerniente al Organo Jurisdiccional, mal llamado Poder Judicial, específicamente, en lo referente al ejercicio o desarrollo de la función, pues, mientras el Art. 233 de la Constitución Política de 1979 consagraba "garantías de la administración de justicia", las cuales eran enunciadas en diecinueve incisos, entendiendo como garantía todo derecho que tienen los justiciables que por su importancia se encuentran protegidos mediante consagración constitucional, la Constitución vigente consagra esas mismas garantías, con algunos agregados, pero, como principios jurisdiccionales.

Ahora bien, etimológicamente la palabra principio proviene del latín "principium" que significa razón, fundamento u origen, motivo por el cual, cabe estipular que los constituyentes en 1993, consagraron como fundamento o razón primordial de la función jurisdiccional en el Perú, los derechos jurisdiccionales que en la Carta Política abrogada aparecían como garantías de la administración de justicia.

Al respecto, es necesario estipular que la actual redacción, es más precisa que la anterior, puesto que, a la vez que se consagran derechos de los justiciables, se precisan constitucionalmente cuales son los fundamentos esenciales de la función jurisdiccional.

Sin embargo, a pesar de las claras consagraciones constitucionales y de un proceso de reforma del Poder Judicial al inicio del tercer milenio, que trajo consigo cambio de magistrados, informatización de su labor, "descentralización" de la justicia y construcciones de módulos, amén de buscar una actividad cuantitativa de los jueces, ésta institución política mantiene una abrumadora desaprobación popular como respuesta a una crisis sin solución. Pero, todo esto lo han desarrollado sin advertir que la búsqueda de la solución a la crisis pasa en primer lugar, por comenzar a entenderlo correctamente dentro de la Ciencia Política, pues, como afirma Nestor Pedro Sagués en su ensayo sobre "Legitimidad Política del Poder Judicial", publicado en el año de 1980 en la Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima, "la teoría política clásica no ha podido entender al Poder Judicial, debido a una falta de identidad de éste; recaída en la ausencia de sustentación política; pues, mientras el Poder Ejecutivo de nuestros días es el heredero (casi siempre republicano) del

Monarca renacentista, y el Poder Legislativo el representante de la comunidad, el Poder Judicial se encuentra -como subraya Luis Sánchez Agesta- es un estado de hibridez singular, que se le tiende a mostrar como un "Poder Neutro", sin matices distintivos propios y sin tradición legitimatoria (monárquica o popular) que le dé justificación por sí mismo".

Al respecto, tiene mucha razón el maestro argentino, pues en el sistema romanista clásico, hasta hace muy poco se le consideraba como poder no político, a pesar de ser una institución política, llegando al extremo de considerarlo como simple "órgano de administración de justicia" y, en el sistema norteamericano, como parte del poder político, por tener la capacidad de inaplicar normas, mediante el sistema difuso.

Sin embargo, en la actualidad ya no se concibe al "Poder Judicial" como una función apolítica, dentro de los países que acogieron el sistema romanista. tampoco ajeno al control constitucional de las normas y, menos la de ser también intérpretes de la Constitución, aunque no los auténticos.

Motivo por el cual, ubicándolo como institución política de un Estado, debe ser analizado como tal, en sus siguientes cuatro planos:

- 1.- De Estructuración.
- 2.- De Selección.
- 3.- De Ejercicio.
- 4.- De Control.

Consecuentemente, al encontrarnos frente a una crisis del "Poder Judicial" en el Perú, constituye una irresponsabilidad tratar de solucionarla interviniéndolo mediante otra institución del Estado, cambiando magistrados, dividiendo la función jurisdiccional de la administrativa y, perfeccionando ésta última, sin abarcar los cuatro puntos fundamentales para postular a una solución del problema.

Ahora bien, como existe un cuestionamiento a la legitimidad de ejercicio del Poder Judicial, tal circunstancia amerita el tratamiento de los principios jurisdiccionales que consagra nuestra constitución como fundamento esencial de su labor, las cuales muchas veces, vienen siendo inobservadas por los jueces en el Perú, acrecentando con esto una crisis de legitimidad funcional que ya debe tener solución, en aras del fortalecimiento del estado de derecho y de la propia democracia.

3.- LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES.

3.1.- PRINCIPIOS DE UNICIDAD Y EXCLUSIVIDAD

Nos dice el Inc. 1 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

"La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente. con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

El inciso primero, que declara los principios de unidad y exclusividad del Poder Judicial, ha conservado la misma redacción que su precedente, el Inc. 1 del Art. 233 de la Constitución del 79.

Una de las innovaciones de la fracasada política de Reforma Agraria establecida en el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas mediante el D. Ley No. 17716, fue la creación del fuero Privativo Agrario por el Art. 153 ss., incluso, en algunos casos con prevalencia del Tribunal Agrario a la Corte Suprema de Justicia, al conferirle la facultad de calificar la condición jurídica de los predios y resolver los conflictos jurisdiccionales y ordenar cortes de juicios del fuero común. Posteriormente, el mismo Gobierno Revolucionario creó el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, mediante D.Ley Nro. 22465, que fusionó los Fueros Privativos de Trabajo y de Comunidades Laborales, que vulneraban grotescamente garantías fundamentales de la persona humana, como el derecho al Juez Natural, obligando a masas de justiciables a trasladarse a circunscripciones lejanas para obtener el servicio de la justicia; abuso de autoridad que recién ha empezado a cesar ante el clamor público de los agraviados.

Así pues, para evitar despropósitos semejantes que deteriora la estructura del Estado de Derecho, se ha elevado a rango constitucional los principios de unidad de la función jurisdiccional del Poder Judicial, esto es, que no puede existir otra función jurisdiccional civil, y que abarca todo el territorio de la república; y, asimismo, la exclusividad, o sea, que no puede ser comisionada ni delegada; quedando así justificada la permanencia del principio en el vigente Texto Constitucional.

La redacción del segundo párrafo del artículo bajo comentario, es defectuosa; en razón de que entre las excepciones a la negación de jurisdicción independiente al Poder Judicial, se declara como tales la militar y la arbitral; es decir, se confiere a estas función jurisdiccional-

Para justificar nuestra crítica, es necesario recurrir a los conceptos de jurisdicción y competencia, Jurisdicción es, en apretada síntesis, la potestad de administrar justicia o, siguiendo a Eduardo Couture "La función pública de administrar justicia"; comprende según la moderna doctrina, facultades o aspectos generales; La Cognición, que incluye tanto el conocimiento (Notorio) cuanto la decisión (judicial) y la ejecución forzosa (coes sitio- exsecutio) de la sentencia, en caso de que la parte condenada no cumpla, de manera voluntaria, el mandato ejecutoriado.

La competencia, en cambio, es la facultad legal que tiene el juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos, según la materia, territorio, cuantía y grado.

En tal virtud, tocante a la justicia militar, regulada por el Código de Justicia Militar promulgado por D.L. Nro. 23214, es evidente que goza de jurisdicción constitucional y legal y de competencia por razón de la materia consistente en la investigación y sanción de los delitos de función, es decir, de carácter militar;

y, además, delitos de traición a la Patria y de terrorismo cometidos tanto por civiles y militares, según el Art. 173 de la Constitución.

En cambio, la supuesta jurisdicción arbitral, que se deduce de la defectuosa redacción del segundo párrafo del inciso b) bajo comentario, la propia Ley general de Arbitraje Nro. 26572 se encarga de desvirtuarla, al disponer en el Art. 83 que la ejecución forzada del laudo consentido o ejecutoriado se solicita ante el Juez Civil, lo que significa que carece de la facultad jurisdiccional de "exsecutio" o ejecución forzosa.

Finalmente, el texto que comentamos, declara que no hay proceso judicial por comisión o delegación; prohibición que reafirma los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional del Poder Judicial. Así, en el caso de arbitraje, no es que se comisione o delegue la función jurisdiccional, si no que la intervención de los árbitros es como consecuencia de un convenio arbitral entre las partes en conflicto. En el procedimiento, de cobranza coactiva a cargo del Ejecutor Coactivo, a pesar de ejercer funciones de operación, según el Art. 116 del C.T. tampoco tiene facultades jurisdiccionales, sino simplemente administrativas conforme se determina en el Art. 114 del mismo cuerpo tributario.

3.2. INDEPENDENCIA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL Y AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

El Inc. 2 del Art. 139 de nuestra Constitución Política dice textualmente lo siguiente:

"Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno".

La independencia es un término multívoco y relativo. En primer lugar, significa libertad de gobierno de un Estado con relación a cualquier otro. En segundo lugar, significa la superación de funciones inherentes a la separación orgánica del poder constituido, también garantizado por el Art. 43, En consecuencia, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, tiene su fundamento en el principio de la superación de poderes públicos establecido por el Art. 43, de modo que estos principios, derechos y garantías se podrían vincularlos lógicamente y sintéticamente con el siguiente silogismo; premisa mayor, el Art. 43 de la Constitución, que establece la forma democrática e independiente de gobierno y la separación de funciones legislativa, ejecutiva, judicial y otras. Premisa menor, el ejercicio de la función jurisdiccional es única, exclusiva e independiente, según los Inc. 1 y 2 del Art. 139 Const. Conclusión: ninguna

autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, ni dejar sin efecto la cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, disposiciones que no afectan el derecho de gracia ni la investigación del Congreso, que no surte efecto jurisdiccional alguno.

AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

Según Cabanellas, cosa juzgada “es la cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia”, en sentido lato, equivale a resolución –auto o sentencia-, ejecutoriada. En sentido restringido, equivale a sentencia ejecutoriada.

La doctrina reconoce dos modalidades de cosa juzgada: formal, que se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso; y material, se produce cuando a la irrecursibilidad de la sentencia se agrega la intangibilidad de la decisión, en cuyo caso adquiere la situación de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, como por ejemplo, sucede en el caso de una sentencia en que ha transcurrido el plazo de seis meses sin que se interponga una eventual acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, a que se refiere el Art. 178 del C.P.C.

El Art. 123 del C.P.C. dispone que una resolución adquiere autoridad de cosa juzgada, cuando no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos, o, cuando las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos. Agrega el último párrafo del artículo, que la resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Arts. 178 y 407, es decir, en cuanto al primero, que contra dicha resolución puede interponerse demanda de nulidad de sentencia fraudulenta, lo que desvirtúa, precisamente, su atribuido carácter de inmutabilidad.

La más trascendental consecuencia de la cosa juzgada es el efecto vinculante para todas las partes intervinientes en el proceso respectivo tanto para el órgano jurisdiccional, en razón de la unidad de esta función, cuanto para las partes procesales- respecto a procesos futuros, en los que se puede alegar y probar la sentencia precedente, para excluir una nueva, en razón de ser procesos idénticos, es decir, cuando las partes o quienes de ellos derivan sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos, según el Art. 452 del C.P.C.

Este medio de defensa procesal específico, se denomina excepción de cosa juzgada, y está comprendida entre las 13 excepciones que, taxativamente reconoce el Art. 446 del C.P.C., la misma que se deduce en un proceso, en virtud de existir una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada material.

El más conspicuo fundamento de la cosa juzgada es la seguridad jurídica inherente a las resoluciones del Poder Judicial, que como lógica consecuencia,

evita las resoluciones contradictorias, al respecto, señala la doctrina que la cosa juzgada solo reside en la parte dispositiva del fallo, mas no en los considerandos, razones o fundamentos del mismo; concluyendo que si bien otras excepciones producen los efectos de la cosa juzgada como la prescripción que no procura la justicia, sino el orden, y la transacción, que no asegura la justicia, sino la paz, la cosa juzgada, no es un instrumento de justicia, sino de autoridad.

La parte final del segundo párrafo dispone que las disposiciones comentadas no afectan el derecho de gracia cuyas modalidades son la amnistía y el indulto y conmutación de las penas, ni tampoco afecta, la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno, lo que significa que pueden seguirse investigaciones paralelas en el Poder Judicial; y en el Parlamento, conforme lo disponen los Arts. 97 y 100 de la Constitución.

3.3. PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO, TUTELA JURISDICCIONAL Y JUEZ NATURAL.

Dice textualmente el Inc. 3 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

“La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”

El enunciado del debido proceso y de la tutela jurisdiccional, como principios de derecho específicos, y a las que se refiere el primer párrafo del Inc. 3, bajo comentario, es una novedad en la Constitución vigente. En la Constitución anterior estaban comprendidos dentro de los principios generales del derecho, garantizados por el Inc. 6 del Art. 233; y, la segunda parte del inciso 3, bajo comentario, ha reproducido, casi con el mismo texto, el literal c) inciso 20 del Art. 2 de la anterior Constitución.

Proceso, significa progreso, avance; las diferentes fases o etapas de un acontecimiento; también conjunto de actos y actuaciones. Procesalmente, según José Ovalle Favela “es el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen”. El Art. III del C.P.C. precisa que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses; y que su finalidad abstracta es lograr la paz en justicia.

Debido Proceso, viene a ser, entonces, que el proceso se desarrolla de acuerdo a su legal postulación, sustentada en las normas procesales pertinentes relativas a la jurisdicción predeterminada por la ley, la intervención de un

Juez competente, la observancia rigurosa de las etapas y los plazos: las formalidades sustantivas de las resoluciones; y finalmente, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de los recursos impugnatorios.

La tutela jurisdiccional, en cambio, como sugieren las mismas palabras, es la obligación constitucional y legal del Juez de proteger, amparar y defender tanto el ordenamiento jurídico de la Nación que impone el Art. 38 de la Constitución, cuanto los bienes jurídicamente protegidos, ya sean patrimoniales o personales, materia del proceso, o relacionados con el proceso, como es el caso de las medidas precautorias, o de la persona del inculpado, cuidando su integridad física y moral.

El derecho al Juez Natural, está enunciado mediante el principio que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley". En tal virtud, el concepto de Juez Natural involucra dos acepciones: la primera hace referencia expresa a la jurisdicción, en sentido de competencia en sus diversas formas establecidas por la ley, esto es, por razón de la materia, territorio, cuantía, grado, etc., y la segunda hace referencia tácita al nombramiento de los Magistrados que, por imperio del Art. 150 Const. Debe necesariamente realizarse mediante el Consejo Nacional de la Magistratura, salvo en los casos de elección popular con relación a los jueces de paz y jueces de primera instancia a que hace referencia el Art. 152 del mismo Estatuto Supremo; previa formación y capacitación por la Academia de la Magistratura, conforme garantiza el Art. 151.

Ello no obstante, en la actualidad y después de los varios intentos de reformas judiciales, más del 70% de los Magistrados, incluyendo todas las instancias, provienen de nombramientos provisionales efectuados por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, situaciones que, por motivos de fácil deducción ha aumentado la corrupción en el sector, según reiteradas encuestas, con el agravante de que los únicos títulos ofrecidos constitucionalmente válidos de los magistrados judiciales deben ser expedidos por el Consejo Nacional de la Magistratura, conforme preceptúa el Art. 154 Inc. 4 de la Carta Política.

Otro tanto sucede con la competencia jurisdiccional, en que el derecho al Juez natural suele ser vulnerado grotesca e impunemente por órganos de gestión del Poder Judicial, como es el caso de los justiciables laborales de la provincia de Pisco, a quienes desde la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, desde el 01-01-92, se les obliga, cual cautivos judiciales, a litigar en el Juzgado de Trabajo de chincha, no obstante que el Art. 49 Inc. 3 de la indicada ley, determina la competencia del Juzgado Civil –Sustituto de Trabajo- de Pisco, lo que está ratificado por el Art. 3 de la Ley Procesal del Trabajo Nro. 26636, que establece la competencia territorial por razón del domicilio, con el agravante que el Art. 6 del C.P.C., preceptúa que la competencia sólo puede ser establecida por la ley, más no por resoluciones administrativas. El Juez Natural viene a ser, entonces la liminar condición "sine que non" del debido proceso,

de donde se infiere que no hay debido proceso y, por lo tanto, proceso justo, sin juez natural.

3.4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD PROCESAL.

Señala el Inc. 4 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

“La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”.

Si el poder jurisdiccional emana del pueblo, según el Art. 139, ya comentado, es lógico que el pueblo se reserve el derecho de controlar la función judicial conferido; este control se posibilita mediante el principio de publicidad en los procesos a que se contrae el Inciso materia de comentario.

Empero, el principio de publicidad procesal no es absoluto; pues la propia norma constitucional admite la salvedad de disposición contraria de la ley.

El principio de legalidad de la excepción lo cumple el C.P.C., mediante el Art. 206, al disponer que si la naturaleza de lo controvertido así la exige, el Juez puede ordenar que la audiencia se realice en privado, asimismo, el C.P.P., lo cumple al preceptuar que el Juez o la Sala podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se efectúe total o parcialmente a puertas cerradas, en los casos que el mismo numeral señala.

Asimismo, ocurre con las normas que autorizan, en casos de terrorismo, al juzgamiento por “jueces sin rostro”, cuya identidad se desconoce; lo que evidentemente contraviene el derecho de defensa, en cuanto no se puede ejercer recusación alguna, se desconoce al ponente, los votos emitidos, etc., lo que resta seguridad jurídica al proceso; razón por la cual esta anomalía legal debe ser derogada, desaparecido el motivo de la misma.

El segundo párrafo del Inciso bajo comentario determina los procesos judiciales que necesariamente son públicos en razón de su trascendencia social. Estos son los casos de responsabilidad de funcionario públicos, delitos cometidos por medio de la prensa y, finalmente, los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución y que está enmarcados por el Art. 200 de la Carta Política.

3.5. PRINCIPIO DE MOTIVACION ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

El Inc. 5 del Art. 139 señala lo siguiente:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Motivación, significa. Según Cabanellas, el fundamento o explicación de lo hecho o resuelto; es el proceso psicológico de iniciación consiente y voluntario de una acción. Jurídicamente, en el ámbito del Derecho Procesal, es fundado razonar un fallo o una resolución.

Las resoluciones judiciales, según el Art. 121 del C.P.C., son de tres clases: sentencias, mediante las cuales se pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva; autos, son las resoluciones mediante las cuales el juzgador resuelve cuestiones incidentales, las formas de conclusión especial del proceso, y los recursos impugnatorios; y, decretos también denominados providencia por la doctrina y en el C. de P.C. anterior, mediante los cuales se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales del simple trámite.

Las sentencias y los autos, según la doctrina, el mismo dispositivo legal indicado, constan de tres puntos: expositiva, que empieza con la palabra VISTOS y comprende sintéticamente las pretensiones de las partes; considerando, en la cual se consigna las motivaciones y fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión, la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, por lo que se dice, metafóricamente, que el juez es prisionero del proceso y de la ley; y, el fallo, que constituye la parte resolutive de la sentencia o del auto, precisando con la mayor claridad lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos.

Debe entenderse que, según el texto de la norma bajo comentario, el principio solo garantiza que las resoluciones contengan motivación, mas no, el sentido de las mismas, el que está titulado por las normas y recursos estrictamente procesales.

3.6. PRINCIPIO DE LA INSTANCIA PLURAL.

Establece el Inc. 6 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

“La pluralidad de la Instancia”.

Además de ser falible el razonamiento y criterio del Juez, como el de toda persona humana, el conocimiento y ejercicio de la función jurisdiccional puede adolecer de ignorancia o diligencia que la induzcan al error; o, en otro aspecto, la voluntad y la moral del juez pueden ser influidos o afectados por el temor reverencial, delicia, venganza, corrupción por soborno o presiones políticas, económicas, etc. Que, evidentemente desvirtúan la recta administración de justicia.

Surge así la necesidad social de la instancia plural como posibilidad de evitar el error y, eventualmente, el dolo judicial a que hace expresa referencia el Art. 178 del C.P.C. concurrentemente, es deber primordial del Estado promover el bienestar que se fundamenta en la justicia, conforme garantiza el Art. 44 de la Constitución y que lo cumple tanto mediante la estructura orgánica del Poder Judicial, diseñada desde la Constitución de 1823, en la cual la función

de los órdenes jerárquicos superiores, entre otras, es revisar las resoluciones de los inferiores, cuanto como principio constitucional que adquiere este rango mediante el Inc. 16 del Art. 233 del Estatuto de 1979, y que la actual Constitución ha ratificado en el inciso bajo comentario.

La doctrina asigna al término instancia dos acepciones principales; en primer lugar significa solicitud, petición y suplica; y, en este sentido se dice "proceder a instancia de parte". En segundo lugar, tiene la acepción de grado jurisdiccional, cuya jerarquía está regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y como tal se dice, primera instancia o de conocimiento y fallo; segunda instancia o de apelación, y, tercera instancia o de revisión, dependiendo el orden de las instancias según la que conozca de la demanda, que puede ser ante el Juez de Paz, Juez de Primera Instancia, Corte Superior, o Corte Suprema, según el caso.

Art. 11 de la L.O. del P. Acoge el principio constitucional de la doble instancia, disponiendo que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley, uno de los cuales es el de nulidad por causa de dolo, fraude o colusión, que admite el Art. 178 del C.P.C.

A su vez, el Art. 39 de la L.O. del P.J., establece que las Salas de las Cortes Superiores resuelvan en segunda y última instancia, con las excepciones que establece la ley, las cuales consisten en el recurso extraordinario de nulidad y el recurso de casación, cuyo tratamiento escapan a estos comentarios.

El principio de la instancia plural es aplicable a todos los juicios, pero sólo es procedente tratándose de sentencias y autos, con las reservas que establecen la Constitución y las leyes. Así, la propia Constitución estatuye una excepción a la instancia plural, consistente en la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad que pronuncia el Tribunal Constitucional en instancia única; cuyo fallo es definitivo, produce cosa juzgada y es irrecurrible, según el Inc. 1 del Art. 202 Const.

En la jurisdicción procesal común, el Art. 365 del C.P.C. dispone que procede la apelación contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes; y, contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que el Código Procesal excluye.

3.7. INDEMNIZACION POR ERROR JUDICIAL Y DETENCION ARBITRARIA.

Expresa el Inc. 7 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

"La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar".

Si en el reparto del poder constituido, se confiere al Poder Judicial, la potestad de administrar justicia a nombre de la Nación, es congruente que el Estado indemnice los errores judiciales, conforme garantiza el Inc. 7 bajo comentario.

Indemnización, en general, es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado. La indemnización puede ser de carácter civil, administrativo y penal. La primera, según nuestro Código Civil, reviste dos fondos, uno de los cuales, tiene lugar como consecuencia de la inejecución de las obligaciones como objeto de los contratos (Art. 1314 C.C.), por lo que se denomina indemnización por responsabilidad contractual; y, la otra, tiene lugar como consecuencia de daño doloso o culposo, civil o penal (Art. 1969 ss. C.C.), por lo que denomina indemnización por responsabilidad extra-contractual o aquiliana. La indemnización administrativa se deriva de un daño o perjuicio producido en un acto administrativo del Estado (Art. 95 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos); y, finalmente la indemnización penal, es la derivada de los ilícitos penales, culpas y dolos, y, además la originada por la responsabilidad de indemnización de los errores judiciales. Es a esta última clase de indemnización a que se refiere el Inc. 7.

Empero, cabe advertir que según el texto del referido inciso, este no garantiza constitucionalmente, la indemnización de todos los errores judiciales a cargo del Estado, son exclusivamente en los procesos penales, y por las detenciones arbitrarias derivadas de los mismos; en cambio la indemnización por responsabilidad extra-contractual o aquiliana o civil, está regulada por el Código Civil y el C.P.C. (Art. 486), la cual está a cargo de los jueces.

El problema es determinar si la apertura de instrucción, la declaración de haber mérito para juicio oral y la última sentencia absolutiva, constituye un error judicial indemnizable. Creemos que sí; puesto que la libertad de las personas, aún cuando no haya sufrido detención, ha estado sujeta a los requerimientos de comparecencia; y, ni que decir del honor y dignidad, que han quedado difamados por un proceso judicial que, al final, resultó una patética injusticia, cuanto más que la propia Constitución proclama que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y es precisamente la sociedad que ha causado por intermedio del Ministerio Público, y el Estado el que ha reconocido el error de la acusación y del proceso mediante el Poder Judicial.

De acuerdo a nuestro criterio, mayor procedencia reviste el error judicial cuando el procesado ha sufrido injusta detención, que por el mérito de la sentencia absolutiva debe reputarse como arbitraria. Lo contrario sería letra muerta el primer artículo de la Constitución y los principios jurisdiccionales.

3.8. PRINCIPIO DE INTEGRACION DE LA LEY.

El Inc. 8 del Art. 139 de la Constitución Política establece literalmente lo siguiente:

“Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

El Art. 184 de la L.O.P.J. en concordancia con los Arts. VII y VIII del C.C., imponen a los Magistrados, entre otros, el cumplimiento de dos principios conexos el de “jura novit curia” (Inc. 2), según el cual deben aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o la haya sido erróneamente, en razón de que el Magistrado conoce el Derecho; y, además, el Inc. 3 dispone que a falta de norma jurídica pertinente, deben resolver aplicando los principios generales del derecho, que la doctrina denomina principio de integración de la ley.

El principio, “jura novit curia” no ha llegado a adquirir rango constitucional; en cambio, el principio de integración de la ley ha sido elevado a la categoría de derecho constitucional, confiriéndole, de este modo, función creadora del Derecho a la jurisprudencia.

Según Cabanellas, el concepto de principios generales del Derecho es uno de los más discutidos; empezando las discrepancias desde la propia denominación, pues unos lo llaman Derecho Natural; otros normas generales del derecho o preceptos del Derecho y, finalmente, no faltan quienes los homologan como axiomas o máximas jurídicas.

El mismo autor, con el propósito de darnos una más clara idea de la naturaleza y función de los principios generales del Derecho, consigna dos definiciones: “como expresión concreta del Derecho natural, son reglas universales de que la razón especulativa se sirve para encontrar soluciones particulares justas y equitativas, en la función jurisdiccional”. Y, “Derecho universal común y general por su naturaleza y subsidiaria por su función, aplicado como supletorio a las lagunas del Derecho”.

Derecho consuetudinario, como su nombre lo indica, es el que nace de la costumbre; es sinónimo de derecho no escrito, por oposición a derecho escrito.

Por ejemplo, en Inglaterra, el derecho consuetudinario, es fuente principal de Derecho. En cambio, entre nosotros, la costumbre sólo es fuente supletoria, teniendo mayor relevancia en el Derecho Comercial.

Finalmente, es de advertir que los principios generales del derecho y los usos y costumbres sólo tienen vigencia en el campo del Derecho Civil, mas no en el Derecho Penal, que se rige por el principio de legalidad, como veremos al comentar el inciso siguiente.

3.9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA LEGAL Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS.

Según el texto del Inc. 9 del Art. 139 de nuestra Constitución Política señala lo siguiente:

“El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

El Inc. 9, objeto de comentario, hace referencia a dos situaciones: la inaplicabilidad por analogía de la ley penal; y la inaplicabilidad de la analogía de las normas que restrinjan derechos. En cuanto a la primera, es una concurrencia del derecho a la libertad y seguridad personal proclamado por el Inc. 20 del Art. 2 Const., según el cual nadie será procesado ni condenado por acto de omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente tipificado en la ley, y que la doctrina sintetiza con el aforismo “nullum crimen, nulla poena, sine lege”. En cuanto a la segunda, es concurrencia también del derecho a la libertad y seguridad personal pero garantizada por el que llamamos principio de la extensión difusa de la ley, proclamado por el Inc. 20. A del Art. 2 Const., según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. es decir, que las restricciones de derechos deben constar mediante normas legales expresas, sin que pueda aplicarse en este caso la analogía. En el fondo, para ambos casos, es la aplicación del principio de legalidad o reserva de la ley.

3.10. PRINCIPIO “NULLUM POENA SINE JUDITIO”.

La Constitución en el Inc. 10 del Art. 139 establece lo siguiente:

“El principio de no ser penado sin proceso judicial”.

Pena, según el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, “es la sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados”. En este sentido, la pena es consecuencia jurídica y en tanto que reacción social contra uno y otro materializado. Sustantivamente en el Código Penal, y formalizado mediante un debido proceso regulado por el Código Procesal Penal. En tal virtud, el sentimiento reacción social o colectiva se contraponen a la acción individual o grupal contra el agresor, porque aún legitimada la conducta el agraviado o agraviados ello no configura pena, sino defensa personal o del grupo, que debe ejercitarse dentro de los límites y requisitos que señala la propia ley penal.

En este contexto, constituyéndose la pena una privación o restricción de derechos del sentenciado, que puede llegar a la muerte, la imposición de la sanción debe estar rodeada de supremas garantías y principios

constitucionales, como el del Inc. 10, objeto de comentario que la doctrina denomina con el aforismo latino “nullum poena sine iudicio” y, por supuesto, mediante una sentencia condenatoria, con las formalidades legales inherentes a esta clase de resolución judicial.

3.11. PRINCIPIO “IN DUBIO PRO REO”.

Conforme al Inc. 11 del Art. 139 de nuestra Constitución Política, consagra lo siguiente:

“La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

El antecedente del Inc. 11, bajo comentario, es el Inc. 7 del Art. 233 de la Constitución del 79, que contenía dos principios; él “in dubio pro reo” declarado expresamente en la inicial frase “la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda” la que debe entenderse en cuanto a la responsabilidad por el hecho imputado; y, el de la de retroactividad benigna de la ley penal, deducido por interpretación de la siguiente frase “o de conflicto en el tiempo de leyes penales”.

En esta consideración, el actual texto, le ha restado claridad al principio “in dubio pro reo”; pues lo ha restringido al “caso de duda o de conflicto entre leyes penales, que la doctrina conoce como aplicación temporal de la ley penal” o conflicto en el tiempo de leyes penales regulada por el Art. 6 y ss. del C.P.

3.12. PRINCIPIO DE NO HABER CONDENA EN AUSENCIA.

Es de aplicación lo dispuesto en el Inc. 12 del Art. 139 de nuestra Constitución Política:

“El principio de no ser condenado en ausencia”.

El concepto de ausencia tiene diferentes connotaciones y efectos según se trate de situaciones jurídicas concernientes al Derecho Civil o al Derecho Penal.

Según el Art. 47 del C.C. se considera simplemente desaparecido a una persona que no halle en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de 60 días sin noticias de su paradero. Requiere de declaración judicial en procedimiento no contencioso (Art. 790 C.P.C.). A su vez, la declaración de ausencia, tiene lugar transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido (Art. 49 C.C.). También requiere de declaración judicial en procedimiento no contencioso (Art. 790 C.P.). Aunque el desaparecido y el ausente no están considerados como incapaces, la ley los prevee una curatela especial e interina de sus bienes (Art. 597 C.C.).

En cambio, la ausencia en el ámbito penal, tiene lugar mediante resolución del Juez y a solicitud del Ministerio Público, cuando se ignora la ubicación del procesado y no aparece de autos evidencia de que tuviera conocimiento del procedimiento o cuando haya salido del país.

Una figura semejante a la ausencia, es la contumacia, tiene lugar mediante resolución judicial y a solicitud del Fiscal, cuando de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento el imputado de que es requerido, no se presenta ante el órgano jurisdiccional que le fomenta el requerimiento.

En este contexto, el Inc. 12, bajo comentario, garantiza que el procesado, si bien puede ser absuelto; no puede ser condenado ni en ausencia, ni en contumacia.

3.13. PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” Y “RES JUDICATA”.

Dice el Inc. 13 del Art. 139 de la Constitución lo siguiente:

“La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

El Inc. 13, bajo comentario, es la unificación del Inc. 20 LL del Art. 2 y el Inc. 11 Art. 233 de la Constitución del 79, que corresponde a las primera y segunda proposiciones, respectivamente, del texto actual.

La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, es un principio general del derecho que la doctrina denomina con el aforismo “non bis in idem” no dos veces sobre lo mismo. Tiene vigencia en las esferas del derecho civil y penal. Significa, como lo complementaba el texto del 79, que nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme. Debe advertirse que la norma hace expresa referencia a resolución ejecutoriada, esto es, a una simple ejecutoria; mas no a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, a que se contrae el Inc. 2 de esta misma Art. 139, ya comentado.

La segunda proposición del inciso bajo comentario, aplicable expresamente a la esfera del derecho penal, garantiza que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de la cosa juzgada.

Etimológicamente, amnistía, proviene del griego “amnestia”, que significa olvido de lo pasado y, jurídicamente, es una medida legislativa por la cual se suprime los efectos y la sanción de ciertos delitos. El indulto, es la supresión o disminución de penas, ya por encontrar excesiva el castigo legal, ya ante la personalidad del delincuente y las circunstancias del caso, como por acto de generosidad tradicional o excepcional del poder público. El sobreseimiento es la resolución judicial, en forma de auto que produce la suspensión provisional o que pone fin al proceso penal. A su vez, la prescripción en materia penal es la

extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o la falta o luego de quebrantada la condena. La prescripción, entonces se refiere tanto a la acción penal cuanto a la ejecución de la pena. Está regulada por el Art. 80 y ss. del C.P.

Cabe advertir, como ya lo hemos comentado con relación al Inc. 2 de este mismo Art. 139, que, en el ámbito civil, la única resolución que se encuentra amparada por la santidad de la cosa juzgada, es la pasada en autoridad de cosa juzgada, vale decir, contra la cual ya no puede hacerse valer, recurso impugnatorio alguno y haber transcurrido el plazo de seis meses de caducidad para interponer la demanda de cosa juzgada fraudulenta, que autoriza el Art. 178 del C.P.C.

En cambio, en el ámbito penal la situación de la cosa juzgada es algo más complicada, en razón de que ni la absolución, ni la condena, ni el sobreseimiento definitivo conlleva la santidad de los efectos de la cosa juzgada, pues tales resoluciones pueden ser objeto no sólo de un recurso de revisión que autoriza el Art. 263 del Código Procesal Penal, el cual seguramente muy pronto y con algunas modificaciones entrará en vigencia.

En resumen, los principios de “non bis in idem” y de “res judicata”, garantizados por el Inc. 13, bajo comentario, no son absolutos, tanto en el ámbito civil cuanto en el penal, siendo una irrita redundancia del principio de la santidad de la cosa juzgada que preceptúa el Inc. 2 del Art. 139 Const. con la agravante de una deficiente redacción.

3.14. DERECHO DE DEFENSA PROCESAL Y PRINCIPIO DE INFORMACION INMEDIATA DE LA DETENCION.

El Inc. 14 del Art. 139 de la Constitución señala lo siguiente:

“El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

El derecho de defensa del justiciable en el proceso penal es amplísimo. Ampara al propio procesado y se extiende al testigo de cargo o descargo, toda vez que estos podrían convertirse en inculpadados, según el Art. 309 del C.P.P., antes mencionado., por lo que tenemos derecho de concurrir a las diligencias con sus respectivos abogados, cuanto más que no existe norma legal que lo impide.

Asimismo, la asesoría de abogado es pertinente desde la simple citación policial, toda vez que desde ese momento está en tela de juicio y, por consiguiente, su derecho y a la libertad y su seguridad personal del citado, según la última parte del inciso bajo comentario.

En caso de detenciones, debe informarse inmediatamente y por escrito de la causa de las razones de su detención. De lo contrario, se incurre en vulneración de la libertad individual, que da lugar a la acción de garantía que consagra el Art. 200 de la Constitución Política, sin perjuicio de la denuncia por delitos contra la libertad individual, que tipifica el Art. 151 del C.P.

3.15. PRINCIPIO DE INFORMACION INMEDIATA DE LA DETENCION.

La Constitución garantiza en el Inc. 15 del Art. 139 lo siguiente:

“El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención”.

El principio de la información inmediata de la detención a que se refiere el Inc. 15 del Art. 139, bajo comentario, es una textual repetición de la segunda proposición del inciso anterior, constituyendo un evidente error material, que es necesario subsanar.

Esta situación es muy diferente al principio de jerarquía jurídica, que está proclamada por los Arts. 51 y 138 Const, que algunos censuran como una inútil repetición; lo que no hemos considerado así.

El problema jurídico está en el modo de rectificar el error material advertido. Nosotros creemos, que debe de hacerse mediante una reforma constitucional, en aras de concordar, ordenar y rectificar evidentes errores materiales de redacción, en cuyo caso deberá suprimirse del texto del Inc. 24, subsistiendo el Inc. 15. lo que daría mayor precisión, eficacia y seguridad al deber de respeto y cumplimiento del principio.

3.16. PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

Establece el Inc. 16 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

“El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

El Art. 44 Const. garantiza como deber del Estado, entre otros, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia. A su vez, el Art. 138 Const. proclama que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial. Entonces, resulta lógico la declaración constitucional de gratuidad de la administración de justicia como cumplimiento del deber del Estado.

Empero la gratuidad de la administración de justicia no es absoluta, debiendo distinguirse entre la justicia civil y la justicia penal. En la justicia civil,

según el Art. 24 de la L.O. del P.J., era gratuita con carácter general en materia constitucional, laboral y agraria; y, en los procesos civiles comunes, sólo es gratuito para las personas de escasos recursos económicos, y se accede a ella, en la forma prevista por la ley, es decir, mediante la concesión de Auxilio judicial, a que se refiere el Art. 179 y ss. del C.P.C., con la aclaración, que la gratuidad en materia constitucional ha sido derogada por la Ley No. 26966, que modifica el referido Art. 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

En cambio, en la justicia penal sí funciona plenamente el principio de gratuidad, según el citado Art. 24 de la L. O. del P.J. en concordancia con el Art. II del C.P.P.; incluso el Estado debe proveer la defensa gratuita de la generalidad los inculpados, en caso que éstos no designan defensor, pudiendo designarlo el Fiscal, el Juez o el Tribunal, bajo responsabilidad, según el Art. II del C.P.P.

3.17. PARTICIPACION POPULAR EN LA MAGISTRATURA.

Conforme al Inc. 17 del Art. 139 de nuestra Constitución dice textualmente lo siguiente:

“La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley”.

La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados a que se refiere Inc. 17, bajo comentario, es una novedad constitucional absoluta. Este derecho debe ser objeto de desarrollo legislativo, que no se ha cumplido.

En consecuencia, la participación popular esta actualmente circunscrito a las quejas y denuncias por inconductas funcionales y jurisdiccionales contra los jueces, con el objeto de acumular los desméritos para su destitución.

Este inciso tiene concordancia con el Art. 152 Const. que limita la participación popular a la elección de los jueces de Paz y de Primera Instancia, que analizaremos en su oportunidad.

3.18. COLABORACION DEL PODER EJECUTIVO CON LOS ORGANOS JURISDICCIONALES.

Señala el Inc. 18 del Art. 139 de nuestra Constitución Política lo siguiente:

“La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida”.

Paradójicamente, el llamado por algunos juristas “primer poder del Estado”, el Legislativo, tiene poder político pero carece de poder de mando; a su vez, el Poder Judicial, aparentemente carece de poder político; por consiguiente, ninguno de estas instituciones está constitucional ni legalmente

facultado para proveer su propia protección y para hacer cumplir sus mandatos. Tienen, entonces, que recurrir al Ejecutivo o Gobierno, que en la persona del Presidente de la República, Jefatura las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, según lo autorizan los Incs. 7 y 9 del Art. 118, en concordancia con el Art. 167 Const.

3.19. PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD O LEGALIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS JUDICIALES.

Menciona el Inc. 19 del Art. 139 de la Constitución lo siguiente:

“La prohibición de ejercer función judicial por quién no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad”.

El antecedente del Inc. 19, bajo comentario, es el Inc. 14 del Art. 233 de la Constitución del 79, que tiene casi el mismo texto que el actual. Las prohibiciones tanto de ejercer función judicial con infracción de la Constitución o la ley, cuanto de conferir la posesión del cargo, se estipulan constitucionalmente como una salvaguarda a nuevas desfenestraciones judiciales como las ocurridas con las interrupciones del orden constitucional de Manuel Odría el año 1948, y de Juan Velazco el año 1968.

Sin embargo, bajo la garantía del mismo precepto constitucional de 1979, el ya Presidente Alberto Fujimori en 1992, conjuntamente con la disolución del Congreso, decretó la reorganización del Poder Judicial, reemplazando Magistrados desde la Corte Suprema hasta las diferentes categorías, nombrando magistrados interinos, que, en gran mayoría, hasta la actualidad ejercen sus funciones; hechos que demuestran paladinamente la precariedad de nuestro Estado de Derecho, el cual, no nos cansaremos de insistir, se basa principalmente en el principio de juricidad proclamado y garantizado por el Art. 38, que es el mayormente agraviado, para el que muy pocas hacen alguna referencia.

3.20. DERECHOS DE ANALISIS Y CRITICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Textualmente dice el Inc. 20 del Art. 139 lo siguiente:

“El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”.

El antecedente del Inc. 20, bajo comentario, es el Inc. 17 del Art. 233 de la Constitución del 79, que estipula “El derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley:”, y que el texto actual ha convertido en el intrínquilis de “el principio del

derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.”

Por lo demás, así como existe el derecho de intervenir en la vida política de la Nación formulando análisis y crítica de los actos del Gobierno y Parlamento, el principio o derecho de formular análisis o crítica de las resoluciones jurídicas está comprendido en el DERECHO A LAS LIBERTADES DE OPINION Y DE EXPRESION, que consagra el Inc. 4 del Art.2 de nuestra Constitución Política.

Las limitaciones que prescribe la ley, evidentemente se refieren a que, so pretexto de análisis o crítica de las resoluciones judiciales, no se puede hacer apología del terrorismo, incitar a la rebeldía, entre otros.

3.21. DERECHOS DE LOS INTERNOS A ESTABLECIMIENTOS ADECUADOS.

El Inc. 21 del Art. 139 de la Constitución Política dice lo siguiente:

“El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados”.

El derecho de los internos, esto es, de los reclusos y sentenciados, de ocupar establecimientos adecuados consignado en el Inc. 21, bajo comentario, ha sido severamente cuestionado por ser eminente retórica; pues la realidad demuestra que actualmente existe hacinamiento de reclusos en las cárceles de todo el país; que la falta de infraestructura se debe a la exigüidad de las partidas presupuestales; que no existe una política penitenciaria adecuada, etc.; razones que impiden el ejercicio de las pertinentes acciones de garantía que estatuye el Art. 200 Const. y todo lo cual, en la práctica, hace inútil la declaración de este derecho constitucional.

3.22. OBJETO DEL REGIMEN PENITENCIARIO.

Según el Inc. 22 del Art. 139 de la Constitución Política consagra lo siguiente:

“El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

El Inc. 22 bajo comentario, ha elevado al rango de principio constitucional el objeto del régimen penitenciario que estatúa el segundo párrafo del Art. 234 de la Constitución del 79, confundiendo los conceptos de principio de derecho con objeto, con la agravante de ingresar al campo de la teoría de la pena, que es propia de la doctrina y la jurisprudencia y hasta de un cuerpo legal, mas no de la Constitución.

La mejor demostración de la contradicción tanto del principio cuanto del objeto del régimen penitenciario, que limita a la recaudación, rehabilitación y

reincorporación del procesado a la sociedad, con la realidad, está el hecho de que el propio Estado ha instituido por Ley Nro. 25475 la pena de cadena perpetua, que por lo menos, hace un imposible jurídico y hasta una declaración irónica, la reincorporación del pueblo a la sociedad.

4. A MANERA DE CONCLUSION:

Según el texto constitucional del Art. 139 de la Carta Política de 1993, los principios jurisdiccionales son la razón, fundamento o esencia de la legitimidad funcional de la institución política del estado mal denominada Poder Judicial.

Luego, el ejercicio legitimatorio de su función está basado en el cumplimiento estricto de dichos principios, porque, estos a su vez, constituyen derechos de los justiciables, caso contrario, sus decisiones judiciales devendrían en inconstitucionales.

Ello no obstante, la labor jurisdiccional a fines del siglo XX en el Perú se ejercita muchas veces en clara inobservancia de dichos principios constitucionales, lo que da lugar a un acrecentamiento de la desaprobación popular.

Consecuentemente, la observancia estricta de los principios jurisdiccionales que consagra la actual Constitución Política, se convierte en una necesidad imperiosa, no solo, para contribuir a solucionar la crisis del Poder Judicial, sino, para perfeccionar el estado de derecho y la propia democracia en el Perú.

BIBLIOGRAFIA.

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *La protección procesal Internacional de los derechos humanos*. Ed. Civitas. Madrid 1975.
- Bachof, Otto: *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid 1985.
- Borea Odría Alberto: *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de Hoy*, Lima 1985.
- Borea Odría Alberto: *Evolución de las Garantías Constitucionales* Edit. Distribuidora Jurídica Grijiley, Lima, 1996.
- Bidart Campos, Germán: *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino* Ed. Ediar, Buenos Aires 1986, 2 tomos.
- Bidart Campos, Germán: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Ediar, Buenos Aires 1987.
- Brewer-Carias, Allan: *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid 1987.
- Brewer-Carias, Allan y Carlos M. *Ley Orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales*. Editorial Jurídica Venezuela, Caracas 1988.
- Carpizo, Jorge: *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México 1984.
- Couture, Eduardo J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil* Ed. Ediar, Buenos Aires, 1948, Tomo I.
- De Vega García, Pedro: Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, en *Revista de Estudios Políticos*. No. 7 (nueva época) 1979.
- Eto Cruz, Gerardo: *Breve Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Centro de estudios "derecho y sociedad". Trujillo, Perú 1992.
- Fernández Segado, Francisco: *La Dogmatica de los Derechos Humanos*, Ediciones jurídicas, Lima-Perú, 1994.

- Fix-Zamudio, Héctor: "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano" en *Memoria de El Colegio Nacional*. México No. 4. 1981.
- Fix-Zamudio, Héctor: *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, México 1985.
- Fix-Zamudio, Héctor: *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional*. 1940. 1965. UNAM-México 1968.
- García Belaunde, Domingo: "La influencia española en la Constitución Peruana. A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales" en *Revista de Derecho Político* No.16. 1982-1983.
- García Belaunde, Domingo: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Lima 1989.
- García Belaunde, Domingo: *Sobre la Jurisdicción Constitucional* Pontificia Católica del Perú. Lima 1990.
- La Roche, Humberto: *Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano*, Maracaibo 1984.
- La Roche, Humberto: *El control jurisdiccional de constitucionalidad en Venezuela y los Estados Unidos*, Maracaibo 1972.
- Lucas Verdú, Pablo: *Curso de Derecho Político*, Vol. IV (Constitución de 1978 y transformación político-social española), Tecnos, Madrid 1984.
- Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones del Derecho Constitucional* Tomo II, C.E. C., Madrid 1984.
- Rubio Marcial y Bernal, Enrique: *Constitución y Sociedad Política*, Lima 1985.
- Sagués, Nestor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional* Edit. Astrea, Buenos Aires 1988, 4 tomos (recurso extraordinario, 1 y 2 Acción de Amparo y Habeas Corpus).
- Schmitt, Carl: *La defensa de la Constitución* Edit. Labor, Barcelona 1980.
- Uchuya Carrasco, Humberto: *Temas de Derecho Constitucional*, Tomo 1 Edit. Universitaria Ica- Perú 1991.
- Uchuya Carrasco, Humberto: "Derecho al Patrimonio en la Constitución Política Peruana de 1993" (ensayo para una enmienda constitucional). *Revista del Colegio de Abogados de La Libertad* Editorial E.I.R.L., Trujillo, 1995.
- Vanossi, Jorge Reinaldo: *Teoría constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1975-1976, 2 tomos.

EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN MEXICANA

Juventino Castro

Un saludo al foro y a la judicatura peruanos. Un honor preparar un trabajo sobre Derecho Constitucional que me pide el Instituto de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República de Perú.

Para dar noticia viva del constitucionalismo mexicano, debo empezar con una cita, y para ello nada mejor que los conceptos vertidos por el estudioso mexicano, Horacio Labastida, en noviembre de 1989, como Estudio Preliminar de la obra patrocinada por el Honorable Congreso de la Unión, en 1991, intitulada *Las Constituciones de México (1814-1991)*, y que son los siguientes:

“Nuestra historia constitucional es un modelo admirable del talento y de la imaginación política de los mexicanos para vencer, en medio de graves dificultades, a los enemigos de la libertad. Siempre se hallaron las fuentes inspiradoras en arraigadas convicciones populares, y de ahí que la legislación creada a través de más de ciento setenta y cinco años de vida independiente refleje, además de las aspiraciones comunes, el drama subyacente en el proceso formador de las instituciones políticas.

“En las primeras décadas del siglo XIX las diferencias sociales e ideológicas generaron un paisaje histórico de aparente confusión. La respuesta de los conservadores al *Acta Constitucional de Apatzingán* y a la doctrina republicana y democrática de la generación de Morelos, fue una implacable persecución de los insurgentes y además el asesinato brutal y masivo de quienes mantuvieron las banderas del pueblo. ¡El sacrificio de Morelos conmueve aún a la conciencia contemporánea; los *Sentimientos de la Nación* son una parte consustancial de la actitud de los mexicanos ante los grandes problemas nacionales!”

Lo anterior es una obvia referencia a don José María Morelos y Pavón, cura de Carácuaro, Michoacán, -y quien se enorgullecía cuando lo llamaban como él se autollamó “*el siervo de la Nación*”, uno de los sucesores de don Miguel Hidalgo y Costilla padre de la independencia mexicana, y que muy al inicio del movimiento insurgente cayó bajo el pelotón de ejecuciones del ejército realista español. Morelos, fue uno de los continuadores del iniciador de nuestro movimiento independentista, y quien a su vez fuera fusilado después de algunos años de dirigir a los insurgentes, no sólo fue un hombre de acción. También -y posiblemente en mayor medida-, fue un hombre de pensamiento y, como lo indica su principal documento doctrinario, *un hombre de sentimientos*.

Como es bien sabido, en los inicios del siglo XIX España mantenía un gran rezago en su *derecho público* -aquél que con el tiempo llegaría a denominarse, y todavía se denomina a la fecha: *derecho constitucional*-, respecto del resto de Europa, y del Norte de América, puesto que ya se había iniciado la vida independiente de los Estados Unidos de América, inaugurador de nuevos conceptos a dichos respectos, y a su vez el movimiento mexicano

estaba en su apogeo. En 1812, y para intentar ponerse al día, promulga la Constitución Política de la Monarquía Española, que por haberse expedido en ese lugar es conocida como la **Constitución de Cádiz**.

Pero los constituyentes de Cádiz no alcanzaron a entender bien a la *trilogía de los poderes* del Barón de Montesquieu. A lo sumo concibieron concretamente dos Poderes: el Legislativo y el Ejecutivo. El primero denominado "*las Cortes*" (artículo 27) que se entendía como "la reunión de todos los diputados que representan a la Nación, nombrados por los ciudadanos" El segundo (artículo 14), denominado el "*Gobierno de la Nación española*" que se hacía consistir en una *Monarquía moderada hereditaria*.

Ni conciben ni mucho menos individualizan a un Poder Judicial, y por ello el Título V de la propia Constitución lleva, tan sólo, el rubro: "*De los Tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal*". Establece que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales" (artículo 242); y al menos reconocen y ordenan que ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso *las funciones judiciales*, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos (artículo 243). Se acepta el *fuero eclesiástico* (artículo 249), así como el *fuero militar* (artículos 249 y 250).

Esta meticulosidad que llevo a cabo en el recordatorio de la Constitución de Cádiz, no tiene otro objeto que poner de manifiesto que esa Constitución, que pretendía modernizar y poner al día el sistema que ahora nombramos constitucional, en realidad no sólo no lo logró sino que no pareció concebir –al más alto nivel político institucional– ni tan siquiera percibir lo que estaba ocurriendo en su época. De la Constitución de Cádiz y del sistema español existente hasta principios del Siglo XIX, México ciertamente no obtuvo estructura constitucional alguna, aunque en la redacción de disposiciones secundarias sí se nutrieron de ella nuestras primeras Constituciones. Ya me extenderé en precisiones respecto de la Constitución norteamericana de 1787, que sí inaugura sistemas y principios constitucionales, no sin antes detenerme en el pensamiento de José María Morelos, que ya he anunciado.

La investigadora María del Refugio González Domínguez, citando (*México y sus Constituciones*) a Juan Ortíz en la obra de éste referente al constitucionalismo gaditano, nos precisa que los más importantes cambios que impuso la Constitución de Cádiz en su tiempo, fueron el debilitamiento del poder virreinal y el fortalecimiento de los autogobiernos locales encabezados por los subdelegados comandantes, así como la participación de la población civil en las decisiones políticas y en la defensa militar. Como se puede apreciar las intranquilidades de los publicistas españoles para lograr que España volviera a ser una de las principales potencias del mundo conocido en su tiempo (fines del Siglo XVIII y principios del XIX), eran de carácter meramente político para así continuar gobernando en la América Hispana, pero de ninguna manera la creación de una estructura interna de gobierno.

La inspiración en estos últimos extremos corresponde en nuestro país, por lo tanto, a la precursora obra y la acción creativa de Ignacio López Rayón, el inmediato sucesor de Hidalgo después del fusilamiento de éste, y que es:

agosto de 1811 instaló en Zitácuaro la *Suprema Junta Nacional Americana*, encargada de gobernar a la Nueva España en nombre y en ausencia de Fernando VII, dado que la intervención francesa había derrocado al monarca. Propuso formar una Constitución que rigiera al México independiente –aun en lucha en esa época–, para lo cual dictó sus llamativos *Elementos Constitucionales*. Con el transcurso del tiempo no le pareció acertado su propio proyecto, y lo canceló. Pero sus ideas fueron captadas por Morelos, y le sirvieron para redactar sus históricos documentos. En el artículo 21 de aquellos *Elementos*, menciona que la *soberanía* se actúa a través de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. A pesar de ello no propone una normatividad substancial propia para el Judicial, aunque debe entenderse que da por sentado que deberá intervenir éste (aunque no se diga cómo), en lo dispuesto por el artículo 31 propuesto, que era de este tenor: “Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre ley *Corpus haveas de la Inglaterra*.”

La Junta de Zitácuaro deja la dirección del movimiento insurgente a la vista de sus desavenencias internas y, por otro lado, dados los éxitos militares de Morelos que lo encumbran al liderato del movimiento, y bajo esa calidad convoca a un Congreso que se instala en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813. En la sesión inaugural de ese Congreso se da lectura a 23 puntos preparados por Morelos como fundamentos de una primera Constitución del México independiente, y que son conocidos como los *Sentimientos de la Nación*. El 6 de noviembre el Congreso redacta una *acta solemne* en que se declara la Independencia del país.

El 22 de octubre de 1814 se expide en Chilpancingo el *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana*, elaborada por ese Congreso, y que es popularmente conocido como la **Constitución de Apatzingán**, lugar en que se firmó. Debe aclararse antes que nada que el primer artículo de los *Sentimientos* proclamaba “*que la América es libre e independiente de España, y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones*”.

No resisto la tentación de citar textualmente el artículo 5° de dichos *Sentimientos*: “*La Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes dividiendo los poderes de ella en Legislativo, Ejecutivo y Judiciario, eligiendo las Provincias sus vocales, y éstos a los demás, que deben ser sujetos sabios y de probidad.*”

Ya refiriéndome a la **Carta de Apatzingán**, preciso que su artículo 44 dispone que permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de *Supremo congreso mexicano*, creándose además dos corporaciones; una con el título de *supremo gobierno*, y la otra con el de *supremo tribunal de justicia*.

José Luis Soberanes, en el Análisis Jurídico que lleva a cabo del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, 1814, dentro del libro

México y sus Constituciones, aprecia ese documento bajo las siguientes expresiones:

“El valor de la Constitución de Apatzingán es enorme, no sólo porque es la primera Constitución o porque es un buen tratado de filosofía política, sino además porque es la primera expresión de la voluntad nacional. Ahí se define la soberanía como la facultad de emitir leyes y establecer la forma de gobierno que más le convenga a la sociedad: se señala además que la soberanía nacional es imprescriptible, inenajenable e indivisible y se rechaza cualquier forma de gobierno monárquico absolutista, al prescribirse que el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre o clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos unidos voluntariamente en sociedad. Aquí ya se puede ver el pensamiento de Hobbes. Además, se indica que la sociedad tiene el derecho incontestable de establecer el gobierno que más le convenga, de alterarlo, modificarlo o abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera. Promueve, asimismo, el régimen republicano, pues dice que es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado; agrega que los empleos públicos deben funcionar temporalmente y que el pueblo tiene derecho a hacer que los empleados vuelvan a la vida privada. La soberanía, entonces, reside originalmente en el pueblo, y su ejercicio, en la representación nacional. Finalmente, apunta que son tres las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la de hacerlas ejecutar y la de aplicarlas.”

En sus Capítulos XIV a XVI se fijan la composición y las facultades del *Supremo Tribunal de Justicia*, pero debe aclararse que también en los Capítulos XVIII y XIX se fijan la composición y las facultades de ese Tribunal de Justicia, no sin también puntualizar que los Capítulos XVIII y XIX precisan el llamado *Tribunal de Residencia*, este último para el conocimiento de las *causas de residencia* (es decir, de responsabilidad oficial), pertenecientes a los individuos del Congreso, a los del Supremo Gobierno y a los del Supremo Tribunal de Justicia.

Las facultades del *Supremo Tribunal de Justicia*, contenidas en su Capítulo XV, son variadas, pero en dichas atribuciones resalta cómo se concibe a la *función jurisdiccional*, ordinaria o federal, pero de ninguna manera constituyendo una *función política*; cómo deben conocer de todos los *recursos de fuerza* de los tribunales eclesiásticos y otras cuestiones competenciales. También estos tribunales supremos pueden conocer de las llamadas causas temporales, tanto criminales como civiles, o bien actuar en segunda o tercera instancia, según lo determinen las leyes.

Vuelvo a mi insistencia: si me detengo en estos pequeños detalles, probablemente de muy escasa trascendencia, es porque quiero dejar bien claro que lo importante en estos primeros documentos constitucionales mexicanos es que de ninguna manera se refleja en ellos la distribución del Poder Político, que está implícita en la soberanía de una nación; tampoco la fijación de la tarea política de cada poder; y mucho menos la forma de evitar los enfrentamientos de los poderes, o la manera de resolver los que a pesar de todo se hubieren presentado.

Me empeño en señalar este panorama que pudiera parecer desalentador en cuestiones regulatorias del nuevo Poder Soberano (aunque rico en principios y propósitos), lo que indudablemente hago para justificar cómo los políticos y los juristas mexicanos de los inicios de nuestra vida independiente en realidad se vieron obligados a volver sus ojos a otros sistemas extranjeros que no fueran el europeo, el español, el novohispánico o el del mundo dinámico de los insurgentes, tomando en cuenta que en ellos ciertamente no podrían tener inspiración de especie alguna, dadas las afirmaciones repetitivas de esas legislaciones en cuestiones estructurales; y que -especulando-, lo único que tendrían que hacer sería el cambiar a México bajo una nueva estructura que tan sólo se refiriera al nombre del país, abandonando el de *Nueva España* que había venido utilizando; salvo, por supuesto, el resalte del indudable éxito de obtener para una Nación la libertad y la independencia que nos dábamos, pero sin fijarnos -aparentemente-, causas normativas para el futuro.

Sin embargo ello no es verdad. Para demostrar lo contrario debo hacer una serie de consideraciones respecto de lo que era el sistema constitucional en Europa a fines del siglo XVIII y principios del XIX, y lo que se inauguró en nuestra América que se independizaba, fue cuidar que éste nuevo no renegara de los primeros principios constitucionales tradicionales, sino que se adicionara con energía nuevos elementos que a la larga significarían un cambio trascendental en el mundo, partiendo del momento en el cual los distintos países de América se independizaban de los reinos y de las fuerzas que se habían apoderado de sus tierras, de sus habitantes y de sus conciencias.

Cuando las Colonias inglesas establecidas por Inglaterra en el norte de América (colindantes en el sur con la *Nueva España* de los mexicanos, último reducto hispánico en el Continente) mostraron su descontento por continuar sometidas a la Corona inglesa, se guiaron por el sistema político y jurídico de su metrópoli, pero idearon y plasmaron, en su movimiento independista, varias bases fundamentales bajo las cuales se separaban no sólo de Inglaterra, sino en general del sistema prevalente en el continente europeo.

Dichas bases que podemos llamar *genéticas* son las siguientes: a) Un concepto de *soberanía* que se reconoce (al igual que lo hace la Revolución Francesa) al pueblo; b) Una *Constitución escrita* como ley fundamental, ley que rige a todo el resto de la normatividad jurídica del país, la cual no puede variarse vía un Parlamento todopoderoso e intocable. También podría enunciarse este principio como aquél en que se rige al nuevo país por una *Constitución cerrada*, porque dicho documento constitucional no puede modificarse o adicionarse sino llenando ciertos requisitos *rígidos*; c) Una elección hecha por el pueblo, en voto directo, tanto de los componentes del Poder Legislativo como del titular del Ejecutivo; d) Un Poder Judicial con funciones no solamente jurisdiccionales, a la manera europea, sino también con novedosas atribuciones políticas, al cual, además, se le otorga el atributo de ser el *Supremo Intérprete de la Constitución*; e) Un principio que se enuncia como de *división de poderes*, pero que en realidad es de *distribución del poder soberano que*

corresponde al pueblo, pero con base armonizadora de las pesas y medidas de que hablaba el Barón de Montesquieu, para evitar que un Poder prevaleciera sobre alguno o de los otros dos Poderes.

A) LA SOBERANÍA NACIONAL

Este primer concepto podría parecer sumamente trillado; sin embargo es fundamental en el cambio que en América se hace del constitucionalismo europeo, si es que en el tiempo en que surge se pudiera hablar con propiedad, de un *concepto constitucionalista*. Ya he tocado esta idea al examinar la **Carta de Apatzingán**.

Para mejor entender el examen que hago de este renglón fundamental, ante todo me permito transcribir el artículo 39 de la actual *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de 1917, que está redactado en los siguientes términos: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

Pero para entender este final enunciado de la soberanía según el texto mexicano, habría que retroceder al momento en que nace. Para ello me sirve estupendamente lo señalado por Eduardo Andrade Sánchez en la obra *“Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones”*, que ordenó formular el Congreso de la Unión, y cuyos términos son los siguientes: “Para desentrañar la naturaleza y sentido del artículo que nos ocupa (*el 39*) es preciso referirnos a cada uno de los conceptos que contiene. El primero es el de *soberanía*. La noción de soberanía se remonta a la época del Renacimiento, cuando estaban consolidándose los Estados nacionales. Ha sido desde siempre un concepto polémico y originariamente se empleó para defender la capacidad suprema de los reyes como titulares del ejercicio del poder, por encima de cualquier otro dentro del marco del Escudo nacional. El primer teórico de la soberanía fue Juan Bodino en su célebre obra *Los seis libros de la República*, en la que reflejó la realidad de su época, la cual conocía como político práctico que fue, ya que se desempeñó como diputado por el tercer Estado, en Francia, en el año de 1576.”

“La expresión constitucional mexicana de este artículo, como puede apreciarse en los antecedentes históricos que se presentan en un apartado especial, deriva de la noción de Morelos que se adhiere a la corriente liberal democrática, surgida en Europa como reacción contra el absolutismo monárquico; de ahí que el carácter republicano y democrático del Estado mexicano está ya incluido en la sola expresión de la primera frase del artículo, el cual se desarrollará en los preceptos subsecuentes.”

“Ya Morelos en los *Sentimientos de la Nación* indicaba: ‘La Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo’. En ese texto la fórmula es llana en cuanto a soberanía *popular*, sin ninguna intervención del concepto de soberanía

nacional. La Constitución de Apatzingán mantuvo la idea de que la soberanía reside originalmente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta por los diputados. Es hasta el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824, cuando se da cabida a la expresión '*soberanía nacional*'."

"Esto, que parece un mero cambio semántico, en realidad supone una profunda diferencia ideológica. La *soberanía popular* respondía a la aplicación de las ideas de Rousseau, para quien todos los individuos disponen de una fracción de soberanía. Una consecuencia práctica de esta forma de entender a la soberanía es la aplicación del sufragio universal que otorga a cada hombre un voto independientemente de su condición social, económica o cultural."

"Tal resultado parecía demasiado radical para algunos de los conductores del proceso revolucionario en Francia y para paliarlo, acuñaron la noción de *soberanía nacional*, la cual se atribuye a la nación, como entidad abstracta y no al pueblo formado por hombres concretos. De ese modo la soberanía se hace pasar al cuerpo colegiado de representantes populares que se arrogan el derecho de hablar por la nación y decidir quienes pueden contribuir a formar su voluntad por medio del voto. Esta consideración sirvió a lo largo del siglo pasado y parte de éste, (*se refiere al siglo XX*), para limitar, por distintos motivos, el acceso al sufragio."

"Desde la Constitución de 1857 se adoptó el texto que ahora nos ocupa, el cual parece contener una fórmula ecléctica, pero, a mi juicio, resulta muy ilustrativa del doble aspecto de la soberanía: es popular en cuanto a su origen, y su titular indiscutible es el pueblo: por otro lado es nacional en cuanto aparece como atributo jurídico de la unidad de organización colectiva constituida por el Estado."

B) LA CONSTITUCIÓN ESCRITA

Es evidente que antes de que existiera una constitución formal en los diversos países, existían en forma aislada leyes que podríamos llamar constitucionales, y prácticas del mismo tipo que se dirigían a obtener en ciertas ideas concretas un fundamento constitucional en el país.

Pero la tradición es que sólo en forma excepcional existieron esos documentos en forma escrita. Para regir totalmente a un país europeo hasta fines del siglo XIX, el poder absoluto se concentraba en el Parlamento, supremo regidor de un país, dicho esto referente a la época en que el *absolutismo* dejó de tener preeminencia y se estableció el Estado de Derecho.

Entre los documentos históricos, indudablemente escritos, se encuentra la *Charta Magna inglesa de 1215*, complementada con el *Petition of Rights (1628)* y el *Bill of Rights (1689)*.

Cuando los colonos ingleses establecidos al norte de América, siguiendo las tradiciones coloniales de Inglaterra en diversas partes del mundo, firmaron obligadamente con la Corona inglesa sus entendimientos, lo hicieron por escrito, los cuales obraban a la manera de estatutos fundamentales del entendimiento

de dicha Corona con aquellos colonos establecidos en las tierras que para sí misma había reclamado la propia Corona.

En mi obra "*Garantías y Amparo*" he examinado las consecuencias de estos acontecimientos, de la siguiente manera:

"Los emigrantes ingleses trajeron a América la tradición jurídica del *common law*, que ya sabemos es de espíritu libertario. Pero para fundar una colonia inglesa en América se requería una autorización del soberano inglés, mediante la expedición de un documento que establecía las reglas del gobierno, y en el cual se concedía igualmente amplia autoridad y autonomía en cuanto a su régimen interior. Esos documentos recibieron el nombre de *Cartas*. Las principales *Cartas* de las trece colonias inglesas que habían de convertirse posteriormente en los Estados Unidos de América, son las de Connecticut (1662), Rhode Island (1663), Virginia, Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte (1776), Vermont (1777), Massachusetts (1780) y New Hampshire (1783)."

"De entre todas estas *Cartas* debe destacarse la de Virginia, en donde se incluye por primera vez un catálogo de derechos (*bill of rights*), en que se establecen las prerrogativas del gobernado frente al poder público. En cualquier forma, todas estas *Cartas* son claros antecedentes de nuestras garantías constitucionales —a la manera moderna—, porque establecían derechos fundamentales para los habitantes de las colonias, y porque trascendieron a las enmiendas de la Constitución americana que debía regir a los territorios separados de la metrópoli."

"Los establecimientos ingleses de América del Norte, según nos recuerda Hauriou, lucharon al lado de la Corona contra los franceses del Canadá, lo que motivó fuertes lazos de solidaridad entre ellos. Pero habiéndole resultado muy onerosa dicha guerra a Inglaterra, ésta quiso aumentar el rendimiento de sus posesiones para disminuir la carga que todo ello representó para el contribuyente inglés."

"Como Inglaterra se había reservado el derecho de votar las leyes fiscales —así como otras diversas—, las colonias americanas, descontentas por las reformas tributarias establecidas por el Parlamento inglés, se reunieron en un congreso que encabezó Massachusetts, en 1765, para redactar una declaración de derechos y una petición al rey para obtener el beneficio para los colonos americanos, de no ser gravados más que por tasas que ellos mismos hubiesen consentido previamente."

"No se accede a la petición de las colonias inglesas y, después de varios incidentes graves, se llega al conflicto armado que llevó al pueblo norteamericano a la victoria que plasmó los propósitos de la *Declaración de Independencia* de 4 de julio de 1776, redactada por Jefferson."

"Debe subrayarse, de todas las consideraciones anteriores, relativas a la normatividad que se impone a las colonias inglesas en América, que ocurre una transformación de objetivación de la normatividad jurídica que será fundamental en la vida constitucional de ese país que se independiza de la metrópoli europea. Para decirlo con las propias palabras de Hauriou: 'La misma

organización de las colonias les inclina a habituarse al Derecho escrito, en oposición a la tradición inglesa de las reglas no escritas y consuetudinarias. Los colonos, dotados de cartas escritas que precisan su estatuto personal (son ciudadanos ingleses en su mayor parte) y el estatuto del territorio considerado como colonia, conservarán la costumbre de redactar por escrito las leyes de su vida política. Esto les llevará a soluciones más categóricas, menos inclinadas al compromiso que aquellas que les había podido legar la tradición inglesa.”

Este cambio estructural resultó sumamente importante para el constitucionalismo de nuestra América, pues si existe un documento fundamental que rige tanto a gobernantes como a gobernados, debe entenderse —como ocurre con todas las normas jurídicas: básicas o secundarias—, que admiten interpretación, la cual en muchas ocasiones no coincide en su esencia como las controversias entre partes interesadas, o entre autoridades y particulares. Para eso están los tribunales: para interpretar y aplicar el derecho. Pero en cuestiones fundamentales del orden jurídico nacional (*cuestiones constitucionales*), debe existir un máximo intérprete de lo que ordena la Constitución de un país, lo cual permite resoluciones irrevocables para dichos gobernantes y gobernados. Ese *Supremo Intérprete de la Constitución*, y de las leyes que de ella emanan, es el *Más Alto Tribunal* del país, el cual automáticamente se transforma en cabeza del Poder Judicial de una Nación. Así ocurrió en los Estados Unidos de América. Así se estableció en México.

C) LAS ELECCIONES EN AMÉRICA

En Europa, en los tiempos previos al movimiento independentista americano, tan sólo se elegía directamente al Poder Legislativo, que usualmente se denominaba Parlamento; por ello se llama a éste el *sistema parlamentario*, o *sistema parlamentarista*.

Como se sabe bien de ese Parlamento, Asamblea, o Cortes, se origina el *Poder Ejecutivo*, que siempre conserva el cordón umbilical con aquéllos cuerpos, ya que de la composición electoral de ellos (originados en el voto popular) se deriva la existencia de un *gabinete* o *consejo*, administrador y aplicador de las leyes, pero quien encabeza ese cuerpo —Primer Ministro, Presidente del Consejo, o *Premier*—, y todos sus miembros informan periódicamente de sus gestiones, responden a los cuestionamientos parlamentarios, y ocasionalmente reciben votos de confianza o una negativa por otorgársele, lo cual motiva un cambio en la composición misma del órgano ejecutivo en el sentido que políticamente proceda. Pero el título de *representante del pueblo* en ese sistema, sólo corresponde al cuerpo Legislativo.

Al independizarse América, y obtener su autonomía gubernamental, no se acepta integralmente el sistema. En América se inicia el tener conciencia de que existen “cuando menos” dos Poderes: el Legislativo y el Ejecutivo, ambos electos por igual, por el pueblo. Tan es *representante popular* un Congresista

como un Ejecutivo (federal o local, si nos referimos a un país que haya aceptado el federalismo). A este nuevo concepto de gobierno se le llama *sistema presidencialista*, si bien debería ser identificado como *sistema dual*, o algo parecido, porque el Legislativo conserva su prominencia como legislador, y en el ejecutivo resalta su calidad de *administrador*, pero también ejecutor de las leyes del Congreso, que en esencia ya no corresponde manejar al primero, aunque por tradición el Poder Ejecutivo anualmente (al menos entre nosotros) informa del estado que guarda el país, y ésto precisamente expuesto ante el Poder Legislativo, siendo que ambos Poderes han sido electos – separadamente- por el pueblo.

Aquí ocurre un fenómeno (de mucho menor importancia), en el sentido de que en Europa coexisten un *Jefe de Estado* (Rey, Emperador o Presidente), representante de la Nación (cualquiera que sea el *tipo* de gobierno que tenga), y un *Jefe de Gobierno*, que tienen diversas formas de interrelacionarse; pero en América ambas jefaturas concurren en un solo Alto Funcionario.

Otro fenómeno: en América el Presidente de la República (Jefe del Ejecutivo) tiene atribuciones a costa del Poder Legislativo (Congreso, generalmente llamado), y como no puede “caer” por un voto de censura del Congreso, -Sistema Parlamentarista-, y no hay otro mandato constitucionalmente otorgado para hacerlo abandonar su privilegiada posición política, los descontentos dotados con fuerza material suficiente, lo pueden “golpear”. Por ello los “golpes de Estado” se ven con frecuencia en América; pero resultan totalmente incongruentes para el sistema de Europa, que tiene una forma diversa de “deshacerse” de gobiernos censurados.

Todas éstas son diferencias básicas entre Europa y América. Quien no lo entienda así no podrá diplomarse como constitucionalista universal.

D) PODER JUDICIAL CON FUNCIONES POLÍTICAS

El más notable observador del cambio de los conceptos constitucionales entre Europa y América, es Alexis de Tocqueville, politólogo y pensador francés, que después de incursionar en la vida de los Estados Unidos de América, para tratar de entender el cambio constitucional que ocurrió en este Continente cuando los países que lo conformaron se independizaron de los países europeos que los conquistaron, escribió sus personales impresiones en un libro al cual denominó *La Democracia en América*. Dedicó un Capítulo VI en su obra al tema: “*El poder judicial de los Estados Unidos y de su acción sobre la sociedad política*”. De ese Capítulo extraigo estos importantes conceptos:

“Creo deber consagrar un capítulo aparte al poder judicial. Su importancia política es muy grande, y me ha parecido que sería disminuirla a los ojos del lector hablar de él de pasada.”

“Lo que con mayor dificultad comprende un extranjero en los Estados Unidos, es la organización judicial.”

“No hay ahí acontecimiento político en el cual no se invoque la autoridad

del juez, y de esto se podría concluir que en los Estados Unidos el juez es una de las primeras potencias políticas. Cuando se examina la constitución de los tribunales no se descubre en ellos a primera vista, sino atribuciones y hábitos judiciales. El magistrado, a los ojos del extranjero que tal indagación haga, no parece que tome parte en los negocios públicos sino por accidente, pero este accidente se repite a diario.”

Todo lo anterior constituye una apreciación singular del escritor. Pero bajo esas impresiones no nos queda claro cuál fue la razón profunda existente para poder coincidir con su opinión. Sin embargo, más adelante nos lo explica y nos lo aclara:

“La causa de ésto está en un solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundar sus fallos sobre la *Constitución* más bien que sobre *las leyes*. En otros términos, los han autorizado para no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.”

Hasta que se implantó ese criterio, los jueces (incluyendo los de apelación, y aun los de casación), juzgaban de los hechos y en relación con una valoración ordenada en una ley. Pero a partir del arribo a este nuevo sistema –que nuevamente centra su existencia en el hecho de haberse dispuesto que todo el orden material, jurídico, económico y social se concentre en una Constitución escrita, rígida-, los jueces pueden no sólo valorar los hechos sino a las leyes mismas, contrastadas estas últimas con los criterios ordenados por la Constitución. Estos principios fueron adoptados por México, pero con variantes que constituyen verdaderamente la lucha por arribar a una vida constitucional que sea algo más que una enunciación doctrinaria.

En este apartado hago una digresión para comparar el sistema de defensa constitucional norteamericano, que ellos enuncian como el *judicial review*, y el mexicano en el mismo aspecto de defensa –aunque sólo referido a la protección de las garantías individuales-, y que nosotros bautizamos como *juicio de amparo*. Podrá observarse que en la transcripción que he hecho, en renglones anteriores, del pensamiento de Alexis de Tocqueville, este autor dice: “En otros términos, los han autorizado (*a los jueces*), para no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales”. A este sistema se le ha llamado el “*control difuso de la constitucionalidad*”, de sobra conocido, examinado y comentado en toda nuestra América.

En efecto, es un *control de la constitucionalidad*, es decir una “*vigilancia reclamable*”, en el cumplimiento de los mandatos constitucionales, pero hecho en forma *difusa*, porque pertenece a *todos* los jueces ordinarios, y no solamente al constitucional especial.

Este último concepto requiere cabal explicación. Se puede reclamar un ajuste estricto a la Constitución, por *vía de acción* (como es el caso de México con su *acción de amparo*) o por *vía de excepción*, o sea cuando un demandado o exigido se “*excepciona*” respecto de lo que judicialmente se le reclama, ya con una prueba o bien bajo un alegato. Pero, además, es entendible que quien instruye un juicio, y lo resuelve, pueda tener facultades para introducir (como

fundamento y motivación de su sentencia) el tema de la constitucionalidad, aunque no lo hayan alegado las partes en el juicio.

En los Estados Unidos ocurren, en lo judicial general, estas circunstancias: una persona demanda a otra, o el Estado demanda a una persona, y precisa las leyes o normas jurídicas que en su concepto fundamentan su acción. Ya sea que el demandado alegue, o no, que dichas leyes y regulaciones son inconstitucionales, el juez (juez ordinario o federal), teniendo presente que ha jurado cumplir y hacer cumplir con los mandatos de su Constitución, *puede* sentenciar que no aplica la ley o la regulación base de la acción porque él está obligado a “*desaplicarla*”. Por tanto, es un *control* no directo de una jurisdicción especializada que haya sido creada para conocer y resolver de *cuestiones constitucionales*, sino todo lo contrario: es *difuso* porque puede ser legalmente utilizado por *cualquier* juez que cuente con jurisdicción y competencia para asuntos ordinarios.

Esto no rige en México a pesar de que el artículo de la Constitución textualmente establece: “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 fundamento en este mandato un ameritado maestro de Derecho, y en ese entonces Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1941), consideró que en México sí rige el *control difuso de la constitucionalidad*, y así lo propuso en un asunto del conocimiento de nuestro más alto tribunal, pero se decretó el criterio contrario al propuesto, afirmándose que en México existe una *jurisdicción de amparo*, y que los únicos autorizados para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley son los jueces de amparo (jueces de Distrito, Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito y –en última instancia- Ministros de la Suprema Corte), y no así los jueces ordinarios, fueren locales o federales. Aunque el que esto escribe no comparte totalmente ese criterio (porque en mi concepto el juez ordinario no hace *declaraciones de inconstitucionalidad* –exclusivas del amparo-, sino simplemente resuelve si la norma jurídica invocada es aplicable o no al caso), debe quedar bien entendido que nuestro sistema es –en este aspecto-, totalmente diferente al norteamericano, en la forma ya explicada.

Pero en cualquier forma –también criterio personal, que no impongo en manera alguna-, las sentencias dictadas por los jueces de amparo, que inclusive pueden ordenar que una ley –federal o local- no sean cumplidos por las personas que hubieran obtenido sentencia favorable, en tal sentido en mi concepto constituyen *actos políticos*, propios de los miembros de un *Poder Político*: el Poder Judicial en nuestro sistema. ¡Y es eso lo que realmente cuenta!

El juicio de amparo nace en México como defensa de los derechos fundamentales de los individuos (*parte dogmática* de nuestra Constitución

Política, y que actualmente se ubica en los artículos del 1° al 29) en el *Acta de Reformas de 1847*, bajo la inspiración de los juristas Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, ratificado en la Constitución Política de 1857, que dio nacimiento al *Derecho de Amparo*.

En esta forma el sistema constitucional mexicano se adhiere –bajo su propio criterio-, al *sistema presidencialista* y de *trilogía de poderes*, que desde su primera Constitución, -la de 1824-, abandona formalmente el *sistema parlamentarista*.

E) DE LA DIVISIÓN DE PODERES

El artículo 49 de la Constitución Política de México, en su primer párrafo, nos dice: “*El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*”

Se adscribe así nuestro país al enunciado de Montesquieu, que habla precisamente de la *división de poderes*. Se entiende, en esta forma, que el conocido político francés que combatiera al absolutismo de su época, quisiera y aconsejara *repartir* el poder público (que le pertenece originalmente al pueblo) en tres ramas diversificadas, que le son connaturales. Su idea es que así la fuerza del poder político no se volviera a unificar, o sea: no volviera a ser *absoluta; total*. Por ello consideró que mediante esa *división* se aseguraría que no hubiere *concentración de poder*. Pero en su época no se podía evaluar que el poder del pueblo es *único* –como único fue el del rey o el emperador-, y que si se le dividía, si se le fraccionaba, definitivamente se le debilitaría. Un poder dividido es un poder condenado a la extinción.

Afortunadamente ésta es una mera especulación doctrinaria. En realidad el poder público *se distribuye* entre los tres Poderes. Algunos ejemplos de la realidad mexicana, iguales o similares al resto de América: los tratados internacionales se negocian y firman por el Presidente de la República, pero sólo adquieren validez hasta que los ratifica el Senado. Ejemplo de colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. De igual naturaleza es la forma de integrar al tercero de los Poderes: el Judicial. La cabeza de este Poder lo constituye la Suprema Corte de Justicia de la Nación; pero los Ministros que lo componen no son electos mediante sufragio universal –*no todavía*-, sino por propuesta de una terna por cada vacancia, del Presidente de la República, aceptada por el Senado.

Pero la mejor demostración de este aserto es la forma destacada en que se decretan y acreditan las leyes del país, para dar vida al *orden jurídico nacional*. Las leyes se discuten y aprueban por el Poder Legislativo (en nuestro sistema que es *bicamarista*, por consenso de la Cámara de Diputados y la de Senadores). El Presidente de la República –titular único del Poder Ejecutivo federal-, puede emitir su *veto constitucional*, que obliga a la ley vetada a regresar al Congreso de la Unión, en donde sólo será válida la aprobación de ella si ésta se lleva a cabo mediante el voto positivo de las dos terceras partes de los

votantes. Finalmente, la ley aprobada y ya vigente puede ser impugnada de inconstitucional (dentro de los treinta días en que hubiere entrado en vigor, o en el primer momento de su aplicación) mediante la acción de amparo, que en última instancia se resuelve por la Suprema Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial Federal.

En nuestro país (y supongo que en todos los países) se dan muestras de una activa *colaboración* de Poderes, para dar vida política y social a la Nación, que de ninguna manera sería apropiado calificar de *división de poderes*, como si habláramos de “cajones herméticamente cerrados”.

Pero en México no sólo existe la acción constitucional de amparo, mediante la cual cualquier persona (aun siendo extranjera, menor de edad, o disminuída en sus derechos cívicos) puede pedir la anulación de *actos o leyes* que considere y demuestre son inconstitucionales.

Una laguna se observaba, sin embargo, en ese siglo y medio de actuación del amparo. Cuando la controversia constitucional no se presentaba por un individuo contra el Estado, sino por los órganos de los Poderes políticos entre sí, ¿qué acción jurisdiccional podría utilizarse? Se pretendió ver esa posibilidad en las fracciones II y III de nuestro artículo 103 constitucional, que hablan de controversias suscitadas “*por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal*” (fracción II); o “*por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal*” (fracción III), tipos de juicio de amparo que la doctrina o la jurisprudencia ha llamado “*amparo-soberanía*”, o “*amparo por invasión de esferas*”.

Pero desde el siglo pasado la Suprema Corte de Justicia estableció jurisprudencia firme y obligatoria en el sentido de que si una soberanía invade la esfera de competencia de otra, los titulares de la soberanía afectada no están legitimados para interponer la acción de amparo, dado que ni las autoridades -y mucho menos las soberanías políticas-, tienen reconocidas garantías individuales como las personas, y que las últimas fracciones del artículo 103 tan sólo autorizan a las personas reclamar la afectación de sus derechos –en lo particular-, por tales invasiones. Es decir, que el origen de su derecho a la acción de amparo se deriva de lo dispuesto por la fracción I de dicho numeral: “*Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.*”

De ahí mi afirmación de la existencia de una *laguna constitucional*. En 1994 se votó llenar esa laguna, para lograr que un Poder –el Judicial Federal-, conociera de las controversias constitucionales que se plantearan entre la Federación, los Estados y los Municipios, sobre la constitucionalidad de leyes –disposiciones generales-, o actos de unos en detrimento de los otros, y mediante la interposición de una impugnación dentro de un nuevo juicio constitucional llamado *controversias constitucionales*, se resolviera lo conducente por la Suprema Corte de Justicia. Se creó así en 1994 esta acción constitucional en la fracción I del artículo 105, vigente a partir de 1995.

Otras nuevas acciones procesales constitucionales –llamadas *acciones de inconstitucionalidad*–, nacieron en 1994 en la fracción II del artículo 105 constitucional y plantean “*la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución*”.

Pero ésta no se plantea por órganos de poder sino por *minorías parlamentarias*. Concretando: se acciona por el equivalente al 33% de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, o de los órganos legislativos de los Estados, o de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, y por el Procurador General de la República. Es decir (salvo el inusitado caso del Procurador): por minorías que hubieren votado en contra de una norma general dentro del procedimiento democrático para expedir leyes. Desde 1996 también se legitimó a los partidos políticos registrados, pero únicamente *para impugnar las leyes electorales*. Esto no estaba autorizado en 1995, sino que lo fue al año siguiente.

Creo haber hecho una crónica apretada de la historia del Poder Judicial Federal de México, dedicado a nuestros hermanos peruanos, en un acto de cercanía y de solidaridad con el foro y la judicatura de Perú.

¡Ojalá esta crónica sea de algún interés para esa respetable sociedad jurídica!



EL AMPARO COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Mijail Mendoza Escalante

Al Dr. César Landa Arroyo, con profunda admiración y gratitud

SUMARIO: I. Introducción. Planteamiento del problema. II. El amparo contra actos basados en normas inconstitucionales. II.1. El control de inaplicación: concepto, fundamento, elemento del debido proceso. II. 2. Supuestos excluidos de aplicación del artículo 3º: la aplicación inconstitucional de una norma que no es en sí inconstitucional y la interpretación inconstitucional de la norma. II.3. Las normas objeto de inaplicación: su inconstitucionalidad y/o ilegalidad. II.4. La diferencia entre norma y acto como factor conceptual decisivo en la adecuada aplicación del artículo 3º. II.3. Parámetros de procedibilidad de la aplicación del artículo 3º. II.4. Problemas detectados a través de la revisión de la jurisprudencia. II.5. Perspectivas del *iura novit curia* constitucional a efectos de subsanar las deficiencias en la aplicación del artículo 3º. II.6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional a este respecto. III. Amparo contra leyes. III.1. Planteamiento del problema del amparo contra leyes en nuestro ordenamiento: la antinomia constitucional entre el Art. 200º, inc. 2 y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 139, inc. 3). Intento de una *interpretación armonizante*. III.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional a este respecto. III.3. La jurisprudencia de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima al respecto. III.4. La norma autoaplicable y la particularidad del acto lesivo. III.5. Aspectos procesales particulares. IV. La doble función del amparo: el amparo como mecanismo de control constitucional. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El objeto de este trabajo es vincular el proceso constitucional de amparo con el control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Intentaremos establecer cómo el proceso de amparo, pese a su carácter de proceso tutelar de derechos, trasciende esta implicancia estrictamente subjetiva de protección de intereses jurídicos subjetivos propia de su naturaleza, para alcanzar el cumplimiento de una función objetiva de conservación del derecho constitucional, propia de los procesos constitucionales de control normativo. Dicho en otros términos, el proceso de amparo desempeñaría simultáneamente una función subjetiva y objetiva. Esta constatación no tiene efectos meramente teóricos, pues de ser cierta aquella hipótesis, podríamos afirmar que en países americanos donde el control abstracto de la constitucionalidad resulta especialmente difícil debido a la fragmentación política y la consecuente inestabilidad política e institucional, el amparo, en el desenvolvimiento de su faz objetiva, puede, muy bien, establecer las bases para un afianzamiento paulatino del control abstracto de constitucionalidad. Otra de las consecuencias, sería que vía amparo, el “amparista” cumple, consciente o inconscientemente, una función de “custodio de la constitucionalidad y la legalidad”, con lo cual, gracias a este “status activus processualis” (o estado procesalmente activo), el ciudadano, alcanza una participación activa en el proceso político-constitucional.

En principio, cabe señalar que hay dos formas básicas por las que el amparo se entronca con el control de constitucionalidad. Una de forma indirecta y otra

directa, la primera a través del *amparo contra actos basados en normas inconstitucionales* y la segunda a través del denominado *amparo contra leyes* o, más exactamente, amparo directo contra normas. Desarrollaremos por separado ambas modalidades de amparo en el ordenamiento constitucional peruano.

II. EL AMPARO CONTRA ACTOS BASADOS EN NORMAS INCONSTITUCIONALES

Como es sabido, el artículo 3º de la Ley N.º 23506 habilita la procedencia de las acciones de garantía que ella regula ante violaciones o amenazas de violación de derechos constitucionales cuando tales actos violatorios se basan en una norma inconstitucional. Bajo esta modalidad de amparo se está ante el supuesto de que el acto lesivo o reclamado constituye un acto de aplicación de una norma que resulta inconstitucional. Podría decirse que ese acto aplicativo porta consigo una *inconstitucionalidad refleja*, en la medida que este vicio le es transmitido por la norma (inconstitucional) a la que aplica. Ahora bien, en este caso, el acto reclamado no constituye en absoluto la norma inconstitucional, sino el acto que la aplica. La posibilidad de que el proceso de amparo tenga por objeto directo una norma se halla comprendida bajo la modalidad del denominado *amparo contra leyes*, de la cual debe ser claramente distinguido el amparo que tratamos en este apartado.¹

II.1. EL CONTROL DE INAPLICACIÓN: CONCEPTO, FUNDAMENTO, ELEMENTO DEL DEBIDO PROCESO

El amparo contra actos basados en normas inconstitucionales está regulado en el artículo 3º de la Ley N.º 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) en los siguientes términos:

“Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.”

El amparo contra acto basado en norma inconstitucional aquí regulado no es sino una proyección del control difuso enunciado en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, al ámbito específico de los procesos constitucionales de tutela de derechos, vale decir, a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento.² Aún cuando el citado artículo 3º se refiere a la aplicación del control difuso en las acciones de hábeas corpus y amparo, debido al momento anterior a la Constitución de 1993 en que

¹ Sobre la diferencia entre *amparo contra actos basados en leyes inconstitucionales* y *amparo contra leyes*. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor *El juicio de amparo*, Edit. Porrúa S.A., México. 1964, p. 190.

² En puridad, el proceso de cumplimiento (denominado como «Acción» por nuestra Constitución), no constituye estrictamente hablando un proceso constitucional de tutela de derechos, sino que

la citada Ley sobre estas acciones de garantía, la Ley N.º 23506, entró en vigencia³; debe quedar claramente establecido que el control difuso debe aplicarse, además, a los procesos de hábeas data y de cumplimiento. No obstante ello, restringiremos nuestro ámbito de trabajo al proceso de amparo.

Resulta interesante resaltar que en el artículo 3º confluyen dos aspectos de naturaleza constitucional. El primero es la naturaleza constitucional de los procesos en cuestión, los procesos de tutela de derechos; el segundo está conformado por el carácter también constitucional de los principios antes mencionados a cuya tutela se orientan. No es lo mismo la articulación del denominado control difuso en un proceso civil, penal, laboral o comercial, que en un proceso constitucional, en este caso la intensidad de la materia constitucional en cuestión alcanza una máxima expresión.

El *fundamento* constitucional del artículo citado se halla en el principio de supremacía constitucional y en el principio de jerarquía normativa. Es decir, la preeminencia de la Constitución sobre el resto de niveles de normas que componen nuestro sistema jurídico, en el primer caso y, en el segundo, la preeminencia de las normas de jerarquía superior sobre las de jerarquía inferior en la medida que el sistema jurídico tiene una estructura escalonada compuesta de diversos niveles jerárquicos normativos. Estos principios son enunciados en el artículo 51º de la Constitución, en el que establece que: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)" Consagrados constitucionalmente de este modo, la protección jurisdiccional de estos principios da lugar a un sistema de control de la constitucionalidad que en el caso peruano se caracteriza por poseer simultáneamente un control abstracto (a través del proceso de inconstitucionalidad y el de acción popular) y un control concreto o difuso como deber de los Jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional. Este mecanismo de control de la constitucionalidad es consagrado en el segundo párrafo del artículo 138º de nuestra Constitución. En efecto, según él, "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior." Como podrá apreciarse, mientras el artículo 51º de la Constitución establece los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa, es el segundo párrafo del 138º el que, consecuentemente y a modo de corolario, lo impone como un poder-deber a los jueces para depararle la correspondiente protección jurisdiccional. Ciertamente, este poder-

pertenece a otro ámbito de procesos constitucionales: los *procesos constitucionales contra omisiones*. Dentro de éstos podemos comprender al proceso de inconstitucionalidad por omisión (aunque éste no existe en nuestro ordenamiento) y al proceso de cumplimiento, comprendiendo este último además una forma de «ilegalidad por omisión» debido a que procede no sólo para el cumplimiento de actos administrativos sino de normas legales (Cfr. Artículo 200º, inc. 6º de la Constitución).

³ Concretamente al decimosexto día de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, ocurrido el 8 de diciembre de 1982.

deber de inaplicación del Juez tiene también la condición de principio, pero es diferente a los antes mencionados en cuanto a su contenido y característica, pues se trata de un principio de naturaleza instrumental, al servicio de aquellos, y específicamente propio de la función jurisdiccional.

Ahora bien, entendemos que este poder-deber forma parte del “debido proceso”. En efecto, si por tal concepto entendemos, conforme lo señala Fix-Zamudio, el conjunto de principios y derechos que todo proceso debe revestir para ser considerado justo o debido (*due process of law*), aquella apreciación resulta clara cuando advertimos que la propia Constitución lo ha impuesto “En todo proceso”, lo cual refleja el carácter consustancial que él reviste; por otra parte, ningún proceso resultaría debido o justo si en algún extremo de él, se aplicara norma o normas inconstitucionales, pues por esa sola circunstancia ya estaría viciado de inconstitucionalidad, de allí es que podríamos hablar de un derecho del justiciable a que en su proceso no se aplique normas inconstitucionales, configurándose de ese modo un típico derecho fundamental procesal del justiciable (demandante o demandado) perteneciente a la categoría de los denominados derechos constitucionales procesales.

Sentado su carácter de elemento componente del debido proceso, es posible predicar que él posee una triple condición: principio, deber y derecho. Es *principio* porque se trata de una norma general y fundamental, es general porque se proyecta a todo proceso en sede jurisdiccional; es fundamental porque es importante y, diríamos, constitutivo del mismo proceso, que en él se aplique normas que no contradigan a la Constitución. Es *derecho* en cuanto implica un interés jurídico subjetivo del justiciable (demandante o demandado) de pretender o deducir (exceptuar), dentro de un proceso, el respeto al principio de supremacía constitucional y/o del principio de jerarquía normativa. Por esta razón, sería tal vez más adecuado consignar este elemento en el artículo 139º de la constitución sobre principios y derechos de la función jurisdiccional, como parte del denominado derecho constitucional procesal. Finalmente, su carácter de principio, lo configura como un *deber* en el sentido del inexcusable ejercicio de control de inaplicabilidad que el Juez ha de ejercer ante una situación de incompatibilidad de normas de diversa jerarquía, que por lo mismo ha de efectuarlo *de oficio* y esto último se refleja claramente del citado artículo 138º de la Constitución.

Resulta ilustrativo destacar los términos en los que el Tribunal Constitucional entiende o conceptúa el control difuso. Para el supremo intérprete de la Constitución: «(...) el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el Artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el Artículo 51º de nuestra norma fundamental. Este control es el poder-deber consustancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar que el proceso sea debido, en el sentido de que sea un proceso constitucional, es decir, que una causa ha de conducirse procesalmente y ser resuelta, en cuanto

al fondo, conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso a aquél en el que, o es resuelto conforme a normas procesales de cuestionable constitucionalidad, o el fondo de él es resuelto en aplicación de normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente. Por ello, además, desde tal perspectiva, el control de inaplicabilidad también viene a ser un principio de la función jurisdiccional en el sentido del Artículo 139º de la Constitución.» (Fundamento N.º 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 145-99-AA/TC. Acción de Amparo interpuesta por Industria de Confección Textil S.A. y otras contra el Supremo Gobierno).⁴

II.2. SUPUESTOS EXCLUIDOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3º: LA APLICACIÓN INCONSTITUCIONAL DE UNA NORMA QUE NO ES EN SÍ INCONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL DE LA NORMA

Existen dos supuestos que no obstante su afinidad con el objeto del artículo 3º deben ser distinguidos y, por consiguiente, excluidos de su área de aplicación. El primero es el de la aplicación inconstitucional de una norma y el segundo, el de su interpretación inconstitucional.⁵ En el primer supuesto, se trata de la aplicación de una norma que no es inconstitucional en sí misma, pero que su aplicación a un caso determinado, por sus particulares características, termina siendo inconstitucional. Este caso, es diferente, no es amparo contra leyes ni amparo contra actos basados en norma inconstitucional. Se trata de una norma que no es inconstitucional en sí, pero que aplicada a un caso, por las especiales circunstancias que la rodean resulta inconstitucional.

Un supuesto diferente al anterior se ubica ya no en el nivel fáctico sino en el nivel normativo y podría configurarse, no cuando se omite la circunstancia de hecho que conlleva la inconstitucionalidad como en el caso anterior, sino cuando las deficiencias del operador del derecho (en este caso el demandado) se plantea en el nivel normativo, por ejemplo, una interpretación incorrecta de la Constitución (inconstitucional, contraria a los principios y los derechos fundamentales), es decir, una interpretación inconstitucional de la Constitución o interpretación inconstitucional de una norma infraconstitucional. En ambos casos, no se está aludiendo a la forma de resolver por parte del Juez, sino al sustento jurídico de la parte demandada en el proceso de amparo (v.gr. la administración, el poder legislativo, las corporaciones privadas, los jueces –en amparo contra resoluciones judiciales).

⁴ Publicada en la separata de «Garantías Constitucionales» del diario oficial *El Peruano*, del 16-marzo-2000, pp. 2754-2755.

⁵ Estas hipótesis las tomamos de Bidart Campos, Germán *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. EDIAR, Bs.As., 1987, pp. 115 y ss.; del mismo autor. Vid. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, EDIAR, Bs.As., 1995, pp. 405 y sgte. y su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición, Bs.As., 1993, T.I, p. 156.

Como podrá apreciarse, ninguno de los supuestos antes mencionados se halla contemplado dentro del ámbito de aplicación del artículo 3º, el único rasgo común es que hay una situación de inconstitucionalidad del acto lesivo, pero esa inconstitucionalidad no proviene de la norma sino de la interpretación o aplicación que materializa dicho acto lesivo; se trata, simplemente, de un acto que resulta lesivo de derechos fundamentales a consecuencia de una interpretación errónea (incorrecta constitucionalmente) o aplicación deficiente de una norma. En consecuencia, en los supuestos mencionados no corresponde emplear y, así, invocar, el artículo 3º y mucho menos aún, colegir de ello, la inconstitucionalidad y proceder a la inaplicación de la norma.

II.3. LAS NORMAS OBJETO DE INAPLICACIÓN: SU INCONSTITUCIONALIDAD Y/O ILEGALIDAD

Ya en este punto, ha menester determinar cuáles son las normas que hay que entender cuando el citado artículo 3º alude a la “norma” “incompatible con la Constitución”. La interpretación literal de este dispositivo da a entender que el control de inaplicabilidad del artículo 3º sólo fuera control de constitucionalidad. Esto no es exacto, pues ello implica además el control de legalidad. Para arribar a esta interpretación se debe considerar que, como dijimos antes, el artículo 3º es un mecanismo de protección jurisdiccional de los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa; en consecuencia, este mecanismo se proyecta a la regularidad tanto de normas de rango de ley con la Constitución como a la de las normas de jerarquía inferior a la ley respecto a normas de este rango y a la propia Constitución. La jurisprudencia así lo ha establecido, así, a modo de ejemplo, puede citarse el caso de Buenaventura Tadeo contra el Ministerio del Interior (Exp. 865-96-AA/TC), donde el Tribunal Constitucional inaplicó un reglamento⁶. En esta ocasión se trataba de una resolución administrativa que irrogaba un acto lesivo y que, justamente, aplicaba un decreto supremo que resultaba ilegal.⁷

En consecuencia, dentro las normas objeto de inaplicación se comprenderán tanto las de rango de ley como las de rango infralegal. En el primer caso tenemos, leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, ordenanzas municipales, resoluciones legislativas, edictos y, además, normas generales de los gobiernos regionales en cuanto éstos se constituyan. En el segundo caso, tenemos a decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones vice-ministeriales, resoluciones directorales, resoluciones jefaturales, en el orden del gobierno

⁶ Se trata del artículo 5º del Decreto Supremo N.º 017-96-PCM.

⁷ Las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a lo largo de este trabajo no especifiquen las fechas de publicación en el Diario Oficial *El Peruano*, pueden ser consultadas en los volúmenes de *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (Tomos I, II (1998), III y IV (1999), Gaceta Jurídica Editores, editado por el Tribunal Constitucional), a partir del número de expediente que consignamos, número que puede ser ubicado en los índices de dichas publicaciones.

central, y en el de los gobiernos municipales, los decretos de alcaldía. En el caso de los gobiernos regionales, tendría también que considerarse a las normas reglamentarias generales de las de rango legal que aquéllos emitan, claro está una vez que ellos se constituyan.

II.4. LA DIFERENCIA ENTRE NORMA Y ACTO ADMINISTRATIVO COMO FACTOR CONCEPTUAL DECISIVO EN LA ADECUADA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3º

La diferencia entre norma y acto administrativo es de la más vital importancia a efectos de identificar con claridad el objeto de la operación de inaplicación a la que alude el artículo 3º de la citada Ley 23506. Esto es indispensable en la medida que el control difuso al que habilita dicho dispositivo es respecto a normas y no respecto a actos administrativos. La diferencia entre norma y acto puede ser asimilada, respectivamente, a la de norma general y norma individual en el ámbito de la Teoría General del Derecho, vale decir, entre el dispositivo cuyo objeto es la regulación abstracta e impersonal de un determinado supuesto o situación jurídica y el acto de aplicación de dicho dispositivo a un ámbito determinado de cosas. Se trata aquí del criterio de generalidad.

Pero, de modo complementario al anterior, se establece el criterio de vocación de innovación en el tiempo. Según éste, caracteriza a la norma su capacidad de innovación del ordenamiento jurídico pero con una proyección de permanencia en el tiempo; a diferencia de ello, el acto administrativo se agotaría con su simple ejecución, vale decir, tendría una vigencia, por así decirlo, efímera o episódica.⁸

Esta distinción tiene especial significado, en especial, en el ámbito de la administración, donde ésta se manifiesta a través de diversas formas jurídicas, decretos supremos, resoluciones supremas, ministeriales, viceministeriales, etc., muchas de las cuales, pueden muy bien, en ocasiones tener como objeto una norma o un acto, de lo cual, dependerá concretamente el hecho de que el juzgador tenga que, o bien inaplicar dicha dicho dispositivo en cuanto contraviene otro de rango mayor -éste es el caso del artículo 3º- y de ese modo atacarlo indirectamente, o bien declarar su ineficacia directamente. En este sentido, en el ámbito de la administración pública, los productos de ella que son objeto de dicha inaplicación son los que aquélla emite en ejercicio de su potestad reglamentaria, vale decir, los actos administrativos reglamentarios o normativos.

⁸ Vid. De Otto, Ignacio *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2ª. Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1989. pp. 214 y ss.; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Edit. Civitas S.A., 1996, T. I, pp. 173 y ss.

II.3. PARÁMETROS DE PROCEDIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3º

El ejercicio de control difuso es un acto grave en la medida que significa preterir la aplicación de una norma que, como cualquier otra del ordenamiento jurídico, se halla revestida de una presunción relativa de legitimidad, de ahí es que a efectos de su adecuada aplicación es indispensable la verificación de los siguientes presupuestos:

- 1) Que en el proceso constitucional (amparo, hábeas corpus, hábeas data) el objeto sea el examen de un acto lesivo aplicatorio de o sustentado en una norma incompatible con la Constitución.
- 2) Que la inaplicabilidad sea relevante o decisiva para la resolución del caso (del amparo)
- 3) Que la inconstitucionalidad sea patente o definitivamente ineludible

1) *Proceso constitucional ante acto lesivo aplicatorio de una norma incompatible con la Constitución.*- Es preciso puntualizar que resulta indispensable que el control de inaplicabilidad tenga que suscitarse, necesariamente, con motivo de un proceso de amparo cuyo objeto sea la remoción de un acto lesivo sustentado en o aplicatorio de una norma incompatible con la Constitución. Quiere decir esto, ante la existencia de un caso concreto, un proceso de amparo en el que se impugne un acto aplicativo de la norma inconstitucional (por ejemplo, una resolución directoral, una resolución municipal) y no abstractamente, es decir, sin mediar dicho acto aplicatorio. En la eventualidad de que no exista tal acto, son los procesos de inconstitucionalidad y el de acción popular los mecanismos pertinentes para que a través de un control abstracto se examine la validez (constitucionalidad o legalidad) de la norma. Esto se explica en el hecho de que el objeto de estos procesos no es la tutela de derechos constitucionales de persona o grupo alguno, sino la protección del principio de supremacía constitucional y de jerarquía normativa a efectos de que, vía ese control normativo, el sistema jurídico conserve la regularidad de su autoproducción que el sistema de fuentes establece. Este criterio ha sido claramente establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, en el Exp. N.º 244-95-AA/TC, caso Operaciones Pesqueras S.A., señaló que “la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución (...) no puede realizarse en forma abstracta, sino como resultado de la existencia de una situación concreta de hechos, cuya dilucidación exige la aplicación de una norma legal o con rango de ley, que en el caso no se ha generado, tras no haberse acreditado los actos que se reputan a la entidad demandada, y que amenazaría con violar los derechos constitucionales de la actora.” En el Exp. N.º 278-93-AA/TC, caso del personal de activos, jubilados y cesantes de ENACE, se señaló “Que, por medio de la acción de amparo, lo que sí cabe solicitar es la inaplicabilidad de la norma legal

cuya ejecución puede vulnerar algún derecho protegido por la Constitución, situación ésta que no ha sido solicitada ni mucho menos fundamentada, puesto que la pretensión de los accionantes, es que se “deje sin efecto” el Decreto Legislativo impugnado, lo que implica una declaración de inconstitucionalidad, por una vía diferente de la regulada expresamente por la Constitución”. En el Exp. 201-95-AA/TC, caso Compañía Nacional de Cerveza S.A., se afirmó que “la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución,...., no puede hacerse en forma abstracta sino como resultado de la existencia de una situación concreta de hechos, cuya dilucidación exige la aplicación de una norma legal o con rango de ley...” De igual modo, en el Exp. 314-93-AA/TC, Caso Cía. Urbana de Rentas S.A. y Cía. de Inversiones Montealegre Perú S.A., se señaló que dicha facultad “no puede realizarse en forma abstracta sino como resultado de la existencia de una situación concreta de hechos cuya dilucidación exige la aplicación de una norma legal, que en el caso no se ha generado por no haberse acreditado los actos que se reputan a la demandada...”.

2) *Relevancia de la inaplicabilidad para la resolución del caso.*- En este caso se exige que la satisfacción de la pretensión planteada en la demanda esté indisolublemente ligada a la inaplicación de la norma inconstitucional. Ciertamente, es probable que haya otros aspectos que puedan añadirse como razones que conduzcan a estimar la demanda, pero lo determinante será la indisolubilidad señalada. Dicho de otro modo, la inaplicación de la norma no puede ser un aspecto accesorio o contingente para la resolución de la pretensión planteada, sino debe ser esencial e indisoluble de la satisfacción de ésta.⁹

3) *Inconstitucionalidad patente o definitivamente ineludible.*- No es suficiente que la inconstitucionalidad alegada sea aparente o evitable vía interpretativa, la inconstitucionalidad habrá de plantearse como *ultima ratio*, sólo cuando la norma cuya inconstitucionalidad se alega, inexorablemente, no pueda ser interpretada de conformidad con la Constitución.¹⁰ La razón de ello es la presunción de constitucionalidad las normas del Estado.

Estos presupuestos básicos deben ser tomados en cuenta a efectos de un adecuado manejo de esta modalidad de articulación del proceso de amparo. Ciertamente, el Tribunal Constitucional los ha tomado, pero además, por esa misma circunstancia, esos criterios deben orientar su manejo en los Juzgados y Cortes del Poder Judicial. Es claro, que estos elementos son aportes

⁹ En términos de Gonzáles Perez, de esta operación dependerá el acceso o la negativa a la pretensión. Cfr. Gonzáles Perez, Jesús «La cuestión de inconstitucionalidad» en Alzaga Villaamil, Oscar (director) *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, T. XII. p. 269.

¹⁰ Cfr. La Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N.º 26435).

doctrinarios que aún no hallan recepción legislativa, lo cual sería aconsejable. Ello no obstante, cabe resaltar que ha sido el propio Tribunal Constitucional, el que a través de su jurisprudencia, ha precisado estos presupuestos, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 145-66-AA/TC¹¹, antes citado. En tal ocasión señaló:

«Que, el empleo del control difuso es un acto sumamente grave y complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

a) Que la acción de garantía tenga por objeto la impugnación de un acto que constituya la aplicación de la norma considerada inconstitucional (Artículo 3º de la Ley N.º 23506).

b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la causa.

c) Que la norma a inaplicarse por su inconstitucionalidad revista evidente e inexorablemente tal condición, aún luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio interpretativo de interpretación conforme a la Constitución y de la inconstitucionalidad como última *ratio*, pues, a tenor de la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: ‘Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.’

Esto significa que en los procesos donde, a petición de parte o de oficio, se pretenda efectuar el control de inaplicabilidad habilitado por el artículo 3º de la Ley N.º 23506, es indispensable que el juzgador verifique el cumplimiento cabal de cada uno de los presupuestos señalados, toda vez que se trata de aspectos concurrentes. Si alguno de ellos se hallara ausente en el caso, no corresponderá efectuar dicho control. En consecuencia, esto implica que en estos procesos, el juzgador deberá fundamentar en la parte considerativa de su resolución las razones por las que, de acuerdo a los presupuestos señalados, se emplea el control de inaplicabilidad.

¹¹ Publicada en la separata de «Garantías Constitucionales» del diario oficial *El Peruano*, del 16-marzo-2000, p. 2755.

II.4. PROBLEMAS DETECTADOS A TRAVÉS DE LA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

A través de la jurisprudencia hemos podido percibir algunos problemas que precisan una aclaración. Los más relevantes son los siguientes:

- a) Su indistinción respecto a la modalidad del amparo contra leyes
- b) La dificultad de identificar con precisión el acto lesivo (la norma o el acto de aplicación de ella)
- c) La dificultad en precisar la pretensión y consignar adecuadamente el petitorio de las demandas respectivas
- d) El cómputo equivocado del plazo de caducidad

a) *Su indistinción respecto al amparo contra leyes.*- A menudo, el Tribunal Constitucional se ha visto en la necesidad de declarar improcedente algunas demandas de amparo, en vista de que fueron planteadas directamente contra normas de rango legal, pretendiendo que se las “deje sin efecto”, aspecto que, como es obvio, implica una declaración de inconstitucionalidad que es exclusiva del proceso de inconstitucionalidad y, desde luego, improcedente en el proceso de amparo.

b) *La dificultad de identificar con precisión el acto lesivo (la norma o el acto de aplicación de ella).*- Se puede percibir en el planteamiento de amparos de este tipo que no se tiene claridad en cuanto a si el acto lesivo es perpetrado por la norma o por el acto que la aplica ¿Cuál es el acto lesivo en estos casos? Para aclarar este aspecto resulta útil la distinción entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas. Las primeras se caracterizan porque requieren la implementación de un acto aplicativo para que la prescripción genéricamente determinada en la norma despliegue sus efectos materiales. Por el contrario, las normas autoaplicativas no requieren de dicho acto y despliegan sus efectos por el sólo hecho de su entrada en vigencia. En consecuencia, si la norma inconstitucional es heteroaplicativa consideramos que el acto lesivo está constituido por el acto de aplicación de dicha norma. Esto es así en la medida que con ella no existe propiamente acto lesivo, probablemente haya amenaza, pero ella no es inminente, de modo tal que la amenaza se configurará sólo interpósita un acto de aplicación de la norma. En cambio, si la norma fuera autoaplicativa, es ella misma la que perpetra el acto lesivo.

c) *La dificultad en precisar la pretensión y consignar adecuadamente el petitorio de las demandas respectivas.*- Vinculado con lo anterior, en algunos casos, se ha podido percibir que el petitorio se plantea en el sentido de que se inaplique, o en algunos casos, se deje sin efecto, simultáneamente, la ley o norma sustentatoria del acto y éste último. Esto no es correcto, pues lo que corresponde en el caso del amparo contra actos basados en normas inconstitucionales, es solicitar que se deje sin efecto el acto basado en la norma inconstitucional y la inaplicación de esta norma al caso concreto por ser inconstitucional.

d) *El cómputo equivocado del plazo de caducidad.*- Las dificultades de identificar el punto temporal a partir del cual haya de determinarse el plazo de caducidad en estos casos, creo que depende de la dificultad antes señalada de no precisar con claridad el acto lesivo. Por tanto, si atendemos a ello, tendremos que el plazo de caducidad tendrá que computarse desde la fecha de la notificación o conocimiento del acto que aplica la norma inconstitucional, si esta norma es heteroaplicativa. Contrariamente, si la norma fuera autoaplicativa, se computará desde la fecha de vigencia de ella. Esto desde luego, sin perjuicio de que ulteriormente, luego de efectuarse algún acto aplicativo de ella, pueda articularse la modalidad del amparo contra actos basados en normas inconstitucionales, supuesto en el que, el citado plazo, habrá de computarse a partir de la fecha de notificado el acto aplicativo.¹²

II.5. PERSPECTIVAS DEL *IURA NOVIT CURIA* CONSTITUCIONAL A EFECTOS DE SUBSANAR LAS DEFICIENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3º

Que el juez tiene que aplicar el derecho que corresponda aún cuando él no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, es un principio que alcanza una dimensión más dinámica y protagónica en los procesos constitucionales que en los de otra naturaleza. La razón de ello está en que su finalidad es la protección jurisdiccional de los valores objetivos materiales que establecen las bases fundamentales del ordenamiento jurídico.

En materia procesal constitucional, este principio lo hallamos consagrado la LOTC, cuando establece que la inconstitucionalidad de una norma puede fundarse aún en una norma constitucional no invocada por la demanda¹³, precepto análogo hallamos en la Ley Procesal de Acción Popular¹⁴, en la ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, donde se dice que el Juez habrá de adecuar el proceso que corresponda si la acción interpuesta ha sido nominada erróneamente.¹⁵

¹² Es de esta forma que se procede en México en el caso de amparo contra normas autoaplicativas, contemplada, por lo demás, por su propia legislación (Artículo 22º, fracción I, de la Ley de Amparo). Cfr. Pérez Dayán, Alberto *Ley de Amparo. Reglamentaria de los Artículos 103º y 107º Constitucionales y su Jurisprudencia*. 10ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998, pp. 74 y ss.

¹³ Ley N.º 26435, Artículo 38º, segundo párrafo: "El Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier norma constitucional, aunque no haya sido invocada en el curso del proceso."

¹⁴ Ley N.º 24968, Artículo 24º: «La declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal, aunque no haya sido invocada en la demanda.»

¹⁵ Ley N.º 23506, Artículo 7º: «El juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad. Igualmente dará preferencia en la tramitación a las acciones de garantía.»

Ley N.º 25398, Artículo 9º: "Si el actor incurre en error al nominar la garantía constitucional (acción de Hábeas Corpus o acción de Amparo) que de conformidad con el artículo 295º de la Constitución Política del Perú (de 1979), quiere ejercer, el juez ante quien ha sido presentada se

La aplicación de este principio a este tipo de amparos podría contribuir a su correcta y adecuada substanciación y empleo. Así por ejemplo, supóngase el caso de una demanda que tiene consignado expresamente como petitorio que se «deje sin efecto» una norma determinada, pero de los hechos expuestos se deduce que lo que pretende es la inaplicación de un acto basado en una norma inconstitucional. Si se toma literalmente un petitorio planteado en estos términos podría eventualmente declararse improcedente la demanda por solicitar algo reservado a los procesos de control normativo; sin embargo, toda vez que el juez conoce el derecho y, en este caso, el derecho procesal, descartará la opción anterior y podrá válidamente admitir la demanda supliendo el entuerto para, de ese modo, declarar la ineficacia de acto aplicativo y la inaplicación de la norma al caso subjuice. Desde luego, esto también podrá efectuarlo si, ya habiéndose iniciado el proceso, en segunda instancia, el juez percata lo anterior, pero adecua el petitorio erróneamente consignado a los hechos que expone la demanda. En consecuencia, aún cuando figure de modo expreso como petitorio de la demanda, el que se declare la invalidez de una norma, el juez, dentro del proceso de amparo, podrá interpretar como solicitud de declaración de inaplicación, siempre que exista un acto aplicativo de dicha norma. Por otra parte, además de la dimensión procesal del referido principio, estará la dimensión material de poder emplear de oficio el control de inaplicabilidad frente a un acto lesivo cuya norma sustentatoria, incluso, no haya sido objetada por inconstitucional o por ilegal por el demandante.

II.6 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A ESTE RESPECTO

El Tribunal Constitucional ha ejercido el control de inaplicabilidad en la resolución de algunos recursos extraordinarios. Estas decisiones reflejan el doble carácter del proceso de amparo, toda vez que, a través de él, se ha protegido tanto los derechos constitucionales cuya tutela solicitaban los demandantes como el derecho constitucional objetivo, esto es, el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento de forma tal que el proceso de producción de normas sea regular y observe el principio de jerarquía.

El Tribunal se ha considerado competente para ejercer el control difuso en la resolución de recursos extraordinarios, lo cual puede reflejarse en las siguientes sentencias. El caso de doña Inés Tello de Necco contra el Jurado de Honor de la Magistratura. En tal ocasión, el Tribunal sostuvo lo siguiente: “Que, el artículo 138, segundo párrafo, de la Carta Fundamental consagra el principio básico de la Supremacía Constitucional, por el que cualquier norma o acto de los poderes constituidos quedan subordinados a la Constitución; que el artículo 3° de la Ley N° 23506 prescribe que las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma incompatible con la

Constitución” (primer Fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 056-97-AA/TC). Esta interpretación ha sido reiterada en diversas sentencias.¹⁶

De este modo, el Tribunal Constitucional reconoce con claridad su competencia para ejercer el control de inaplicabilidad en la resolución del recurso extraordinario, con lo cual, queda claro que su función de control de constitucionalidad no se circunscribe al proceso de inconstitucionalidad.

Del conjunto de sentencias en las que ha ejercido el control de inaplicabilidad podríamos señalar las siguientes. La recaída en la ya citada causa de doña Inés Tello de Ñecco contra el Jurado de Honor de la Magistratura, donde se inaplicó por inconstitucional una norma (inc. 6 del Art. 177º) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, argumentándose que era contraria al principio constitucional de presunción de inocencia (Art. 2º, inc.24, literal “e”). La sentencia dictada en la causa de la Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S.R.Ltda. contra el Ejecutor Coactivo del ex Instituto Peruano de Seguridad Social (Exp. N° 461-96-AA/TC), donde inaplicó varios artículos del derogado Decreto Ley N° 17355 (3º, 6º, 7º, 8º y 11º), sobre procedimiento de cobranza coactiva, en el entendido que esos dispositivos no garantizaban adecuadamente el ejercicio del derecho de defensa. Un conjunto importante de estas sentencias recayeron sobre reclamos contra actos derivados del ejercicio de potestades tributarias por parte del Estado. Tal es el caso de la sentencia recaída en la acción de amparo seguida por la Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara (Exp. N° 646-96-AA/TC), en la que se inaplicó el artículo 109º del Decreto Legislativo N° 774 sobre impuesto mínimo a la renta por considerarlo de carácter confiscatorio y, en consecuencia, atentatorio del principio constitucional tributario de no confiscatoriedad. Este precedente fue seguido en la resolución de causas análogas posteriores.¹⁷ En otra causa, la de Embotelladora Piura S.A. contra el Supremo Gobierno (Exp. N° 464-96-AA/TC), se declaró inaplicables los artículos 1º y 3º del Decreto Legislativo N° 796, relativo al impuesto de promoción municipal adicional, sustentando tal decisión en que dichos dispositivos conculcaban la inmutabilidad de los términos contractuales (Art. 62º, Constitución) y el derecho a la igualdad.¹⁸ El Tribunal Constitucional declaró

inhibirá de su conocimiento y la remitirá de inmediato al competente, bajo responsabilidad, para los efectos de la sustanciación y resolución correspondientes.”

¹⁶ De manera análoga, también en el caso de la Constructora Inmobiliaria Valle del sur S.R.Ltda. contra el Ejecutor Coactivo del IPSS (Exp. N° 461-96-AA/TC), del Personal de Activos, Jubilados y Cesantes de ENACE contra el Gobierno (Exp. N° 278-93-AA/TC) y el de la Cia. Urbana de Rentas Perú S.A. y Cia. de Inversiones Montealegre Perú S.A. contra el Gobierno (Exp. N° 314-93-AA/TC).

¹⁷ Caso de Textil del Pacífico S.A. (Exp. N° 680-96-AA/TC), así como en los de Consorcio Textil del Pacífico S.A. (Exp. N° 485-96-AA/TC) y Compañía Textil El Progreso S.A. (Exp. N° 1023-96-AA/TC).

¹⁸ Este precedente fue seguido en la causa de Dulio Cuneo y Cía. S.C.R. Ltda. (Exp. N° 780-96-AA/TC).

también la inaplicación de dos Ordenanzas Municipales (las Nos. 003-96 y 008-96) expedidas por la Municipalidad Distrital de Jesús María (Exp. N° 916-97-AA/TC), estimando que limitaban el derecho de propiedad (Art. 70º, Constitución). Asimismo, inaplicó un edicto municipal (N° 001-94) expedido por la Municipalidad Distrital de La Molina (Lima) sustentando su decisión en que había sido emitido sin observancia del principio de legalidad en materia tributaria (Causa de don Juan Paniagua Corazao y otro, contra la Municipalidad Distrital de La Molina, Exp. N° 297-96-AA/TC).

La circunstancia de la declaración de inaplicación de las normas antes citadas por parte del Tribunal Constitucional es sumamente importante toda vez que la jurisprudencia establecida en sus resoluciones tiene carácter vinculante respecto a los órganos jurisdiccionales y, concretamente y de manera fundamental, respecto al Poder Judicial; ello en virtud de lo establecido por la Primera Disposición General de la LOTC¹⁹. De otro lado, según el artículo 5º de la Ley N.º 25398 (complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo), lo resuelto en definitiva en casos en los que se ha inaplicado alguna norma por inconstitucional o ilegal, constituye precedente para situaciones análogas. Por lo tanto, la declaración de inaplicación de los dispositivos señalados y de cualquier otro que se efectuara, por parte del Tribunal Constitucional, tiene como consecuencia que dichas normas ya no pueden ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales y, por lo tanto, su eficacia resulta seriamente enervada, de modo tal que, a efectos prácticos, puede considerarse que se hallan fuera del ordenamiento jurídico. Tal es el caso, por ejemplo, de los siguientes dispositivos:

- Inciso 6) del artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
- Artículo 109º del Decreto Legislativo N.º 774
- Artículos 3º, 7º, 8º y 11º de la Ley N.º 17355 (ley sobre procedimiento coactivo ya derogada)
- Artículo 5º del Decreto Supremo N.º 017-96-PCM²⁰
- Las ordenanzas y edictos municipales citados

Desde luego, esto resulta irrelevante respecto a disposiciones legales que ya han sido derogadas, como el caso del decreto ley 17355, derogado por la nueva ley de procedimiento de cobranza coactiva, así como el artículo 109º del Decreto Legislativo N.º 774, que fuera modificado, dispositivos que, sin embargo, al momento en que el Tribunal las inaplicó tenían vigencia. En cuanto a normas

¹⁹ "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos." (Primera Disposición General, Ley N.º 26435).

²⁰ Declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Exp. 865-96-AA/TC, causa seguida por don Buenaventura Tadeo contra el Ministerio del Interior.

aún vigentes, es de resaltar de modo muy significativo la ya mencionada norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero que, en casos análogos, no podría válidamente ser aplicada, pues de lo contrario se estaría procediendo en contra de lo preceptuado por la Primera Disposición General de la LOTC.

III. AMPARO CONTRA LEYES

El otro conducto por el cual el proceso de amparo se entronca con el control de la constitucionalidad es el denominado amparo contra leyes. Como es sabido, esta modalidad de amparo es, como el mismo instrumento procesal, de origen mexicano; ello no obstante, ha alcanzado una acogida restringida en el ámbito del derecho comparado, de modo tal que podría afirmarse que en ese contexto, la regla es la improcedencia o inexistencia de él y, la excepción, su admisión; este es el caso, por ejemplo, además de México²¹, de Alemania²², Venezuela²³, Costa Rica²⁴ y El Salvador²⁵.

Esto es así debido a que su plantemiento ha generado el mismo recelo que, por lo general, ha tenido que enfrentar el control de la constitucionalidad, es decir, el temor que a través de ello se diera paso a una invasión del ámbito competencial reservado al poder legislativo y, de ese modo, se transgrediera el principio de distribución de poderes. Y es que si la admisión de la modalidad del amparo contra actos basados en normas inconstitucionales fue ardua, esto se complica más aún cuando el amparo se orienta directamente a impugnar una ley.

El amparo contra leyes viene a ser una modalidad del proceso de amparo que tiene por objeto dotar de protección jurisdiccional a la persona frente a actos lesivos provenientes directamente, irrogados u ocasionados, por una ley o norma de rango análogo de carácter autoaplicativo. La importancia de esta modalidad de amparo reside en que constituye un mecanismo de tutela judicial que protege a las personas directamente frente a uno de los productos centrales del contemporáneo Estado social de derecho, las denominadas leyes

²¹ V. Carpizo, Jorge; Cossío D., José y Fix-Zamudio, Héctor «La jurisdicción constitucional en México» en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S.L., Madrid, 1997, pp. 762 y ss.

²² V. Häberle, Peter «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de la jurisdicción constitucional» en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores) *La jurisdicción constitucional...*, cit., pp. 261-262.

²³ V. Brewer-Carías, Allan R. «El sistema constitucional venezolano» en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores) *La jurisdicción constitucional...*, cit., pp. 806-807.

²⁴ V. Hernández Valle, Rubén «La jurisdicción constitucional en Costa Rica» en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores) *La jurisdicción constitucional...*, cit., pp. 523-524.

²⁵ V. Anaya Barraza, Salvador E. «La jurisdicción constitucional en El Salvador» en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores) *La jurisdicción constitucional...*, cit., pp. 610-611.

autoaplicativas, el incremento constante de este tipo de normas en una proporción a la que, con acierto, Ernst Forsthoff ha denominado como de "legislación motorizada", y la eventual lesión que aquéllas puedan ocasionar en los derechos fundamentales, impone la necesidad de que el derecho procesal constitucional otorgue una atención especial al tema. Es típico del Estado Social la implementación de las denominadas «leyes-medida» (*Maßnahme-Gesetze*), las cuales, como es sabido, desenvuelven un rol importante en la implementación de la función prestacional del Estado Social junto con otras formas de legislación,²⁶ y es precisamente el ámbito económico su objeto principal de regulación²⁷, diríase su objeto más frecuente.

El amparo contra leyes es una temática que ha generado una constante polémica de carácter estructural y procesal. En el primer caso, se trata de las consecuencias que genera en el complejo de órganos constitucionales y, concretamente, en la tensional relación entre jurisdicción constitucional y poder legislativo. En el segundo, se trata de los aspectos propiamente procesales que se plantean, tales como el del interés para obrar, el tema de la legitimación pasiva, el plazo para interponer la demanda, la eventual procedencia de medidas cautelares e, incluso la precisión de las normas objeto de recurrencia y, ciertamente, de modo muy importante, los efectos de la sentencia y la necesidad de un tratamiento dogmático los casos que supongan no propiamente una violación sino una amenaza.

Todo ello impone dar por establecido en el contexto de nuestro ordenamiento, si en él existe o no esta modalidad de amparo. Ciertamente, no cabe duda que, de inmediato, la sola posibilidad de admitir la modalidad del amparo contra leyes resulta atractiva para fortalecer los mecanismos de tutela de los derechos: sin embargo, su admisión no puede orientarse sólo por esa idea directiva, ha menester una cuidadosa aproximación al estudio del tema, teniendo en consideración su inserción dentro de la totalidad de los procesos constitucionales y, no menos importante, el principio de libre configuración inherente al órgano legislativo. En todo caso, el precisar en la medida de lo posible las condiciones de procedibilidad de esta modalidad de amparo es un imperativo indispensable si no se quiere quebrar nuestro propio sistema procesal constitucional.

²⁶ Häberle, Peter "Grundrechte im Leistungsstaat" en *Die Verfassung des Pluralismus*. Athenäum Verlag, 1980, pp. 165 y ss.

²⁷ Häberle, Peter "'Leistungsrecht' im sozialen Rechtsstaat" en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Dunker & Humblot, Berlin, 1978, p. 449.

III.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DEL AMPARO CONTRA LEYES EN NUESTRO ORDENAMIENTO: LA ANTINOMIA CONSTITUCIONAL ENTRE EL ART. 200º, INC. 2 Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 139, INC. 3). INTENTO DE UNA INTERPRETACIÓN ARMONIZANTE.

Respecto a la procedibilidad del amparo contra leyes en nuestro ordenamiento pueden plantearse dos tesis interpretativas: una tesis negativa y otra permisiva. La tesis negativa parte de una interpretación literal del inciso 2º del artículo 200º de la Constitución según el cual, el amparo, "No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular."²⁸ El tenor literal de este precepto constitucional pareciera excluir de modo absoluto la posibilidad de admitir el amparo contra leyes en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta tesitura interpretativa conduce a dos problemas. El primero es que de aceptarlo, se estaría de este modo, generando una situación de indefensión de las personas que eventualmente pudiesen ser lesionadas en sus derechos por el poder legislativo y, por otro lado, se arribaría a una colisión interpretativa de lo preceptuado por el citado artículo 200º y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, se estaría, así, ante una auténtica antinomia constitucional que sería menester solucionar.

De hecho, la improcedencia del amparo contra leyes constitucionalmente establecida, resulta demasiado rígida y contraria a la orientación tuitiva *erga omnes* que informa nuestro proceso de amparo. Resulta ilustrativo que en el periodo constituyente, la inserción de esta norma no generó mayor debate, tan sólo la aislada pero acertada manifestación del constituyente, don Julio Castro Gómez, quien, en el Congreso Constituyente de 1993, sostuvo que la parte final del inciso 2º del artículo 200º de la Constitución constituía una limitación al amparo, decía, "tiene un sesgo reglamentarista ... Y creemos que estos asuntos deben ser precisados en la ley correspondiente y de ningún modo deben de incorporarse al texto constitucional, porque...., *connotaría una limitación a la garantía constitucional del amparo.*"²⁹ Esta fue la única manifestación de preocupación en la constituyente, al menos en la sesión plenaria, no hubo ninguna otra participación de constituyente alguno que preocupara por este punto. Con todo, es palpable en ella el relieve del carácter restrictivo de la citada disposición constitucional.³⁰

²⁸ Dentro de esta orientación puede verse: Cairo Roldán, Omar "El amparo contra leyes y la demanda de inconstitucionalidad" en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º III, Belaunde & Monroy Abogados, Lima, 1999, págs. 263 y 264; el autor alude al amparo contra leyes como «figura proscrita por el ordenamiento» (p. 263).

²⁹ *Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno-1993*, Constitución Política de 1993, T. III, 10-08-93 al 030-09-93, publicación oficial, Lima-Peru, 1998, p. 1997. (la cursiva es nuestra).

³⁰ Vid. la crítica a este dispositivo constitucional en Ahad Yupanqui, Samuel «El amparo contra leyes» en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N.º 3, CAJ, Lima, 1994, pag. 149.

La indefensión ocasionada por la norma aludida no resulta solucionada por el hecho de que exista el proceso o acción de inconstitucionalidad, por lo siguiente. El proceso de inconstitucionalidad resultaría ineficaz para la tutela judicial *oportuna* del justiciable porque, en este caso, la sentencia tiene efectos profuturos de modo tal que, si fuera estimada o se declarara fundada la demanda, ello no tendría ningún efecto tuitivo respecto al acto lesivo; más aún, si dicho proceso carece de medidas cautelares. Como se puede apreciar, la posibilidad de acudir al proceso de inconstitucionalidad no soluciona en nada la situación de indefensión que ocasiona la proscripción de la acción de amparo contra leyes y, esto, en grave detrimento del derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrado, además de contrario a los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado peruano, como el caso de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*³¹ y la *Convención Americana de Derechos Humanos*^{32, 33} ¿Qué hacer frente a este dilema interpretativo?

Por el contrario, frente a la anterior puede sustentarse una tesis permisiva. Pensamos que frente a la interpretación literal antes señalada es posible ensayar otra alternativa, una interpretación sistemático-conciliatoria de la Constitución en la que se propugne conciliar el citado inciso 2) del artículo 200⁹ con el inciso 3) del artículo 139⁹. Según esta tesis, si bien el amparo no procede contra normas legales, en general, excepcionalmente, si procedería, pero sólo frente a normas legales autoaplicativas y con sin simples efectos inaplicatorios, sin

³¹ «Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.» (Artículo 8^o) (cursiva nuestra).

³² «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro *recurso efectivo* antes los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.» (Artículo 25^o, numeral 1) (cursiva nuestra).

³³ Manuel Aragón ha afirmado con toda razón, a propósito de la afectación a derechos ocasionada directamente por leyes y en relación al recurso de amparo español, que "En tales casos, la impugnación indirecta de la ley [es decir a modo del amparo contra acto basado en norma inconstitucional] por virtud del artículo 52.2 no resuelve nada, ya que precisamente aquí no cabe esa vía. Sólo a través de la impugnación directa podría ampararse el derecho que esas leyes (o normas con fuerza de ley) lesionaran, pero como quiera que tal vía no existe en el recurso de amparo (que exista en el recurso de inconstitucionalidad es cuestión muy distinta) habría que concluir diciendo que el ciudadano no tiene tutelado jurisdiccionalmente su derecho cuando lo lesiona una ley autoaplicativa, pues la tutela (a diferencia del control sobre la norma) significa capacidad de instarla, en el sentido del artículo 24 de la Constitución." (Aragón Reyes, Manuel "Competencias del Tribunal Constitucional" en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Edit. Revista de Derecho Privado, Edits. de Derecho Reunidas, T. XII, p. 197.). En sentido análogo. Cfr. Groppi, Tania «Il ricorso di Amparo costituzionale in Spagna: caratteri, problemi e prospettive» en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLII, Fasc. 6, 1997, Milano, Giuffrè Editore, p. 4352; refiere además la propuesta que en ese sistema se ha efectuado respecto a la creación de un instrumento específico de impugnación de leyes autoaplicativas.

desmedro alguno de la vigencia de la norma, toda vez que el pronunciamiento a este respecto, en sede de la jurisdicción constitucional, se halla reservado al proceso de inconstitucionalidad.³⁴ De esa forma, se evita la indefensión que se generaría a partir de aceptar la interpretación literal antes señalada y, esto, en perfecta coherencia con la naturaleza del proceso de amparo en cuanto instrumento tuitivo de derechos constitucionales. pues, como acertadamente ha señalado Manuel Aragón, respecto al recurso de amparo en España, lo cual, *mutatis mutandi*, puede aplicarse a nuestro ordenamiento: “El cabal entendimiento del recurso de amparo es que ningún acto de poder que lesione los derechos amparados pueda resultar inmune frente a este recurso. Y ello por el especial valor o la situación preferente que tales derechos ocupan en nuestro ordenamiento. *La lógica del sistema conduce, pues, a que no haya actos exentos del amparo.*” (*cursiva nuestra*).³⁵ Desde la perspectiva enunciada debe entenderse que la tutela jurisdiccional deparada por el proceso de amparo específicamente contra normas, significa una manifestación particular del derecho a la tutela judicial.^{36 37}

III.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A ESTE RESPECTO

La argumentación sostenida a favor del amparo contra normas deja de ser un mero desideratum, pues en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, ha admitido de modo expreso en una ocasión e implícito, en otras, la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas.

³⁴ La interpretación armonizante o conciliadora entre las normas constitucionales deja subsistente algún extremo de ellas sin violentar el contenido esencial o la *ratio* de las mismas, alcanzando así un resultado que tienda a concordarlas armónicamente. En el caso que nos ocupa, esto puede interpretarse desde lo que constituye la finalidad de los procesos constitucionales, la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales, pues, de aceptarse la tesis literal señalada arriba, se estaría desnaturalizando esa finalidad del amparo en cuanto proceso constitucional.

³⁵ Ob.cit., p. 194.

³⁶ Schenke, Wolf-Rüdiger «Rechtsschutz gegen Normen» en *Juristische Schulung*, Zeitschrift für Studium und Ausbildung, N.° 21, 1981, Heft 2, p. 87.

³⁷ En la doctrina peruana se manifiesta también a favor de la procedencia del amparo contra leyes en nuestro ordenamiento el profesor César Landa. Postula una interpretación restrictiva de la norma constitucional en cuestión considerando que «no resulta constitucionalmente razonable que el afectado no pueda incoar directamente, mediante la acción de amparo contra estas leyes autoaplicativas.» (Cfr. Landa Arroyo, César *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 1ª ed. PUCP, Lima, 1999, pp. 163 y sgte; V. también su trabajo «Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993» en *Ius et Veritas*, Año IX, N. 18, PUCP, Lima, 1999, p. 25). En sentido análogo, Rubio Correa, Marcial *Estudio de la Constitución Política de 1993*, 1ª ed., PUCP, Lima, 1999, T. 6, pp. 70-71; Bernaldes Ballesteros, Enrique y Otárola Peñaranda, Alberto *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 4ª ed., RAO Editora, Lima, 1998, p. 820. Cfr. también en sentido análogo, aunque en el contexto de la Constitución de 1979, Danós Ordoñez, Jorge “La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano” en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N. 7, CAJ, Lima, 1991, págs. 75 y 78.

En efecto, en sentencia recaída en la acción de amparo de doña Elba Bertina Martínez Miraval contra el Ministerio del Interior, Exp. N° 1152-97-AA/TC,³⁸ señalo de modo contundente lo siguiente:

“(…), de tratarse de normas jurídicas autoaplicativas, esto es normas cuya eficacia no se encuentra condicionada a la realización de algún tipo de actos, el Amparo Constitucional, de ser el caso, puede prosperar válidamente, desde que de optarse por una interpretación rígida del referido precepto contenido en el inciso 2º del artículo 200º de la Constitución, ello supondría que la violación de un derecho constitucional por normas de esta naturaleza, quedará en total indefensión, encontrándose ello en absoluta contradicción con la filosofía personalista con la que se encuentra impregnado todo nuestro ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad” (cursivas nuestras).

En definitiva, este *obiter dictum*, no hace sino explicitar con claridad lo que ya había efectuado el Tribunal Constitucional en casos en los que se admitió la modalidad de amparos contra leyes. Estos vienen a constituir diversas causas donde tuvo que pronunciarse respecto a la destitución de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público dispuesto por algunos decretos leyes durante 1992.³⁹ Son los casos en los que vía jurisprudencial se ha acogido la tesis permisiva del amparo contra leyes. Sin embargo, es conveniente decirlo, se trata de una tesis permisiva morigerada o, si se prefiere, débil, pues se halla acorde con nuestro sistema jurídico donde la declaración de invalidez de las normas se halla reservado a los procesos de control normativo o de control abstracto de constitucionalidad y legalidad. Pero, dentro de tal contexto, no cabe duda que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso Martínez Miraval constituye un auténtico *leading case* sobre la materia en nuestro ordenamiento, pues acomete el problema principal de este tema, la tarea de interpretar directamente la citada disposición constitucional; y la efectúa elevándose sobre su tenor literal e interpretándola de conformidad con el principio juspersonalista que fundamenta nuestro ordenamiento constitucional, para así dar paso a la admisión del amparo contra normas.

No obstante, el caso antes señalado, el Tribunal Constitucional ha expresado también en otros casos una orientación análoga. Dentro de ellos, se puede destacar, la sentencia recaída en el Exp. N.º 1136-97-AA/TC⁴⁰, acción de amparo interpuesta por don Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera contra el Congreso de la República, en el que se alude al concepto de autoaplicabilidad

³⁸ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de setiembre de 1998.

³⁹ V.gr., los casos de los magistrados, Drs. José Antonio Sandoval Paláez (Exp. N.º 030-95-AA/TC), Eduardo Pablo Leturia Romero (Exp. 234-95-AA/TC) y José Antonio Silva Vallejo (Exp. N.º 736-96-AA/TC). V. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999. T. III, pp. 53-55, 62-64, 127-130; respectivamente). Cabe señalar que la fecha de expedición de estas sentencias es el 13 de junio de 1997.

⁴⁰ Publicada en la separata de «Garantías Constitucionales» del diario oficial *El Peruano*, del 15-febrero-2000, p. 2695.

de la norma como condición de procedibilidad del amparo contra leyes. En tal circunstancia, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

«Que, por consiguiente, y a efectos de acreditar las condiciones de procedibilidad de la presente acción o, en su caso, la legitimidad o no de la demanda interpuesta, procede en señalar en primer término, que para el presente caso, no cabe invocar la causal de improcedencia prevista en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200º de la Constitución Política del Estado, habida cuenta de que la regla según la cual no procede el amparo contra normas legales, *si bien tiene asidero cuando se trata de normas heteroaplicativas, no rige para los casos como el presente, en que se trata del cuestionamiento de una norma de naturaleza autoaplicativa o, lo que es lo mismo, creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación.* De allí que para este último supuesto, y como ya se señaló en el segundo fundamento de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1152-97-AA/TC, sí es viable interponer la acción constitucional correspondiente directamente contra la norma estimada violatoria de derechos, a efectos de solicitar su inaplicabilidad, como se ha hecho en el presente caso.» (cursivas nuestras, Fundamento 2 de la Sentencia citada).

Algo similar sucedió en el Expediente N.º 555-98-AA/TC⁴¹ en el que se admite un amparo contra normas, concretamente frente a una ordenanza municipal. La particularidad de este caso reside en que la admisión de esta modalidad de amparo se efectúa esencialmente sobre la base del criterio de la amenaza que dicha norma constituye, no tanto así, en función de la autoaplicabilidad, lo cual no niega el indisoluble vínculo en admitir el amparo contra normas, ora a partir del argumento de la autoaplicabilidad, ora a partir del argumento de la amenaza a derechos. En efecto, la citada sentencia concluye en que «La Ordenanza cuestionada *constituye amenaza concreta de afectación de derechos constitucionales* de los demandantes, tales como la igualdad ante la ley, al respeto de los mandatos judiciales y a los principios de jerarquía normativa y reserva de ley, por tanto *susceptibles de ser protegidos mediante el proceso constitucional del amparo en virtud a lo previsto en el artículo 3º de la Ley N.º 23506; (...)*» (cursivas nuestras, Fundamento N.º 6). Idéntico pronunciamiento asumió el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 549-98-AA/TC, con motivo de otra acción de amparo interpuesta por otros demandantes, en la cual se declara inaplicable los mismos dispositivos de la Ordenanza Municipal antes mencionada.⁴²

Dentro de la modalidad de amparo contra normas también se halla la sentencia recaída en el Expediente N.º 57-98, caso de Editora Sport S.A. contra

⁴¹ Publicada en la separata de «Garantías Constitucionales» del diario oficial *El Peruano*, del 04-abril-2000, p. 2882.

⁴² Exp. N.º 549-98-AA/TC, Acción de Amparo interpuesta por doña Ana María Yomona Visaloth y otros contra el Alcalde la Municipalidad de Lima Metropolitana (Publicado en diario oficial *El Peruano* del 19 de junio de 2000, pp. 3136-3137).

la Municipalidad Distrital de Lince, en el que se declara la inaplicación de una Ordenanza Municipal N.º 009-96MDL.⁴³

Ciertamente, si bien estos casos han sido objeto de un pronunciamiento expreso favorable a la admisión del amparo contra normas y, en especial, contra leyes; el Tribunal Constitucional, aunque sin expresarlo, ya había admitido implícitamente su procedencia en nuestro ordenamiento en diversos casos de magistrados y fiscales destituidos directamente por Decretos Leyes expedidos en 1992.

III.3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE DERECHO PÚBLICO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA AL RESPECTO

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público ha desarrollado un interesante activismo judicial en materia de amparo contra normas. Ella ha resuelto de modo favorable numerosas demandas de esta naturaleza. Su evolución puede ser caracterizada, en términos generales, como positiva. En efecto, no obstante, la aparente proscripción constitucional del amparo contra leyes, a partir de una interpretación literal del artículo 200º de la Constitución, postuló que esta modalidad de amparo sí era procedente. Lo cual, empero, no ha sido pacífico, pues, todos estos casos, fueron aprobados con un voto en discordia, el cual, contrariamente, postulaba la proscripción de esta modalidad de amparo.

El argumento en el que sustentó esta tesis podría ser dividido en tres etapas. La primera admite la procedibilidad del amparo contra normas legales a partir de una interpretación *a contrario sensu* del citado dispositivo constitucional, sosteniendo que si bien él prohibía el amparo contra normas legales, aquél sí procedería contra normas ilegales, máxime si ellas estuviesen viciadas de inconstitucionalidad. Así, la primera sentencia en la que admitió esta tesis sostuvo lo siguiente:

«Que, si bien el artículo 200º de nuestra Constitución dispone que no proceden Acciones de Amparo contra normas legales, *contrariamente, sí proceden contra normas que resulten ilegales y más aún incompatibles con la Carta Magna*; supuesto que se da para el caso, (...)» (cursiva nuestra) (Fundamento Tercero de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 189-98, caso de Diversiones y Entretenimientos del Perú S.A. y otros contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Servicio de Administración Tributaria de dicho Municipio).⁴⁴

En la segunda etapa, se toma como parámetro para la determinar la procedibilidad de un amparo contra normas, el criterio de «amenaza» de afectación de derechos constitucionales que podría significar o implicar la aplicación futura de la norma considerada inconstitucional. La ocasión en la

⁴³ Sentencia publicada en el diario oficial *El Peruano*, el cuatro de julio de 2000, pp. 3148-3149.

⁴⁴ Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el viernes 10 de julio de 1998, pp. 3063 y ss.

que acogió tal tesis no fue tan explícita. en aquélla circunstancia sostuvo lo siguiente:

«Que, en las Acciones de Amparo, el tema controvertido es el determinar la existencia de la amenaza o el acto. conducta u omisión violatorios de la Constitución, con el objeto de que al declarar su procedencia se evite la consumación del acto lesivo sustentado en la violación de los derechos y principios constitucionales, visto ello las pretensiones de las accionantes se refieren a que las *disposiciones calificadas de inconstitucionales*, que por ser reglamentarias de la actividad de explotación de máquinas tragamonedas, *son de aplicación automática e inmediata* significando ello *una real amenaza de violación de sus derechos constitucionales* que detallan en su petitorio, por lo que se debe entender que la constitucionalidad de dichos dispositivos no son materia de la presente acción, *circunscribiéndose a determinar únicamente si su futura aplicación o exigencia es una amenaza a los derechos constitucionales de los accionantes*» (cursivas nuestras) (Sexto Fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 920-97, caso de Bingo Plaza Camacho S.A. y otros contra el Ministerio de Industria, Turismo e Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Casinos de Juego).⁴⁵

Como puede apreciarse, al margen de la mención a las disposiciones autoaplicativas, la *ratio* decisiva de esta sentencia se halla en la configuración de una situación de amenaza de determinados derechos de los demandantes con motivo de tales dispositivos. Aquí, lo central es la amenaza que se genera a partir de un dispositivo que se considera de aplicación automática. Tan exacto es esto que se confirma en otra parte de la sentencia glosada donde se menciona «Que, la amenaza o el acto violatorio de la Constitución, como elemento indispensable para la procedencia de la Acción de Amparo, debe ser analizado en su real existencia o no, como hecho constatable de ser violatorio de derechos constitucionales y por ende ocasionar daño al accionante, *independientemente de si el sustento de esa amenaza o acto está sustentado en una norma legal directa o en aplicación indirecta*, por cuanto en definitiva toda la actividad de la administración estatal se encuentra sustentada en normas legales, (...); por lo que, cuando las accionantes refieren en sus pretensiones la inaplicabilidad de diversos dispositivos reglamentarios, sin atacar la vigencia de la propia norma legal, es correcta la utilización de la vía procesal de la Acción de Amparo, *al perseguirse atacar la aplicación de la norma que deviene en un acto inconstitucional*, por contener la norma disposiciones contrarias a la Constitución, todo ello es más concluyente, si se reconoce la facultad del Juzgador de ser un contralor de la constitucionalidad de las normas legales en la aplicación concreta de un proceso, tal como lo dispone el artículo 138º de la Constitución Política» (cursivas nuestras) (Fundamento Cuarto de la Sentencia antes citada).

⁴⁵ Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el viernes 10 de julio de 1998, pp. 3065 y ss.

Se puede advertir que la razón principal por la que declara procedente la demanda no es tanto el hecho de que se esté ante una norma autoaplicable, como el que se configure una *situación real de amenaza de aplicación de una norma inconstitucional*. De este modo, no se está tan exactamente dentro del supuesto de procedencia del *amparo contra leyes* -sólo contra normas autoaplicables-, sino aún dentro de ámbito de los *amparos contra actos basados en normas inconstitucionales* (art. 3º de la Ley 23506), pero, en este contexto, no frente a un acto lesivo, sino frente a una amenaza de él. La amenaza es el suceso del acto aplicativo de la norma inconstitucional y es eso lo que pretende ser neutralizado vía amparo. Esto podría generar la suspicacia de la utilidad de precisar la modalidad del amparo contra leyes, sin embargo, no es así. El tema que propone esta resolución es la admisibilidad del amparo contra actos del citado artículo 3º en el supuesto de amenaza, indistintamente de si la norma que el acto aplica es o no autoaplicativa. El sentido de esta resolución se entiende bajo el supuesto de que, debido a la aparente proscripción del enunciado constitucional (art. 200º) al amparo contra leyes, la preocupación de la judicatura, por lo menos en esta fase, era precisamente el de no acogerlo como una modalidad diversa del amparo contra actos basados en normas inconstitucionales (art. 3º. Ley 23506), sino dentro de él; a ello se añadía la circunstancia de que la norma del ordenamiento procesal constitucional peruano que regula precisamente la relación del amparo con el control de la constitucionalidad (el citado art. 3) no lo contempla.

La tercera etapa está signada por alejarse de la argumentación inicial para precisar que, no obstante, conforme a la Constitución, el amparo no procede contra normas legales, él sí procedería contra cierto tipo de normas, las denominadas «normas autoaplicativas». Es en esta fase donde se apela directamente a evaluar la admisión de amparos contra normas en función de si éstas son o no autoaplicativas. Se acoge de ese modo la exuberante doctrina mexicana y alemana de la admisión de amparos contra leyes o, en general, contra normas autoaplicativas. En esta ocasión la Sala sostuvo lo siguiente:

“Segundo.- Que, interpretando sistemáticamente, lo dispuesto por los artículo 138º de la Constitución Política (control judicial de la constitucionalidad de las leyes), inciso segundo del artículo 200º de la misma norma (improcedencia del amparo contra normas legales); 2º y 3º de la Ley N° 23506 (procedencia de la acción contra la violación o la amenaza de derechos constitucionales que se basen en una norma); 5º de la Ley N° 25398 (la sentencia de Amparo contra una norma legal no la deroga); y 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (obligación del Juez de ejercer el control difuso de la Constitución en cualquier proceso), permite afirmar que *el Amparo sí procede contra normas legales, pero sólo respecto de aquéllas que la doctrina califique como autoaplicativas*, esto es, aquéllas que cuando entran en vigencia lesionan un derecho constitucional sin necesidad de acto concreto de aplicación de la misma;

Tercero.- Que, se ha establecido doctrinariamente que una norma es considerada “autoaplicativa”, si la situación concreta se halla comprendida

dentro de la situación abstracta involucrada en la norma, o si el supuesto legal se encuentra realizado en el caso particular, de manera automática al entrar la ley en vigor, es decir, sin que para constatar dicha adecuación o correspondencia sea necesario un acto distinto y posterior a la norma, se estará en presencia de una hipótesis de ley autoaplicativa o autoefectiva, siempre que por virtud de la coincidencia entre lo concreto y lo legal abstracto (sic) se consigne una obligatoriedad per se para el individuo que sea sujeto de la situación particular normada ipso jure (...)” (cursiva nuestra) (Exp. 751-98-DP, dictada por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público⁴⁶. En sentido análogo, Exp. 607-98-DP).⁴⁷

Como se puede apreciar, si en la primera y segunda fase se argumentó en sustento de la admisión del amparo contra normas, en base a que se dirigían contra normas ilegales y, luego, en base a que la aplicación ulterior de la norma inconstitucional constituía amenaza; en la tercera fase, la admisión del amparo contra normas se da fundamentalmente en función de determinar si la norma en cuestión es o no autoaplicativa, de ahí que se incida de manera especial en el tratamiento del concepto de norma autoaplicativa. De este modo, de manera más adecuada, se precisa la condición de procedibilidad del amparo contra normas, en los términos que en el derecho comparado se tiene establecido.

Es de este modo en el que, vía jurisprudencial, nuestro ordenamiento ha dado cabida al amparo contra normas; sin embargo su admisión plantea diversos problemas de orden procesal, que no pueden en esta oportunidad ser abordados.

III.4. LA NORMA AUTOAPLICABLE Y LA PARTICULARIDAD DEL ACTO LESIVO

El amparo contra normas nos expone frente a diversos problemas. Desde luego, si hay una premisa que de inmediato se impone es la de abordarlos desde una doble consideración. La primera es que tratándose de problemas predominantemente procesales, deben ser encarados justamente desde la perspectiva de la Teoría General del Proceso.⁴⁸ De otro lado, y esto es

⁴⁶ Publicado en *El Peruano*, 03 de diciembre de 1998.

⁴⁷ Publicado en *El Peruano* del 27 de diciembre de 1998.

⁴⁸ Esta es una perspectiva que vemos con especial énfasis en los trabajos de José Alfredo de Oliveira Baracho, “Teoria Geral do Processo Constitucional” en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 1, editada por el Tribunal Constitucional, ENMARSE, E.I.R.L., Lima, 1999, pp. 327 y ss.; V. también su libro *Processo Constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, pp. 117 y ss., 327 y ss. Con específica referencia al proceso de amparo Vid. Abad Yupanqui, Samuel “El proceso constitucional de amparo: Aproximaciones desde la Teoría General del Proceso” en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º II, Belaunde & Monroy Abogados, Lima, 1998, pp. 255 y ss.

fundamental, la necesidad de ponderar la particularidad o especificidad del derecho procesal constitucional con vistas a adecuar las exigencias de la Teoría General del Proceso a la mentada especificidad.⁴⁹ No se trata ciertamente de que el derecho procesal constitucional recepcione mecánica o aproblemáticamente los principios de la Teoría General del Proceso, sino de que lo efectúe en atención a la particularidad de su objeto: el derecho constitucional.

Que el amparo contra normas proceda está condicionado a que él este dirigido contra normas autoaplicables. Se está aquí ante una condición de procedibilidad de la demanda. Sin embargo, que haya de entenderse por norma autoaplicable es una cuestión que no es del todo clara y que, ciertamente, parece exceder la caracterización de la norma cuya particularidad estriba en la ausencia de la implementación de un acto aplicativo para que aquélla pueda desplegar sus efectos materiales.

Un caso de este tipo de normas lo constituye las denominadas leyes-medida (*Maßnahme-Gesetze*), éstas se caracterizan por estar determinadas por una situación o condición concreta, pero no en el sentido de que lo existencial desborde la normatividad, sino en el de una diferencia entre leyes orientadas en la justicia y leyes-medida orientadas en la conveniencia (utilidad)⁵⁰; sin embargo, no debe extremarse en este tipo de caracterizaciones y, más bien, se debe entender que se trata de un tipo de norma con específicos rasgos; dicho de otro modo, la caracterización de este tipo de normas no debe partir de requisitos sustantivos (v.gr., su relación con determinandos valores), sino más bien en función de sus rasgos formales en cuanto norma jurídica (v.gr. con sujetos destinatarios plenamente individualizados, con un contenido (efecto) plenamente determinado, no requerido de un acto adicional de aplicación).

Según Sagüés, se está ante este tipo de leyes «Si una ley o norma general es directamente operativa, en el sentido que no precisa de ninguna otra norma reglamentaria su aplicación y produce ya, con su sola promulgación, efectos jurídicos concretos (v.gr., restricción o pérdida de una facultad o derecho constitucional), la norma en cuestión causa un daño e importa 'acto lesivo' a los fines de una acción de amparo»⁵¹. Por normas autoaplicables se entiende,

⁴⁹ Tomamos la conocida tesis de Häberle sobre la peculiaridad o especificidad del derecho procesal constitucional, formulada con motivo de una Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Alemán en mayo de 1963. Cfr. Häberle, Peter «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts» en *Kommentierte Verfassungsrechtssprechung*, Athenäum, 1979, pp. 405 y ss. Vid igualmente su trabajo «Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG» en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Athenäum, 1978, pp. 631 y ss.

⁵⁰ Ehmke, Horst «Wirtschaft und Verfassung» en *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, (herausgegeben von Peter Häberle), Athenäum Verlag, Königstein, 1981, p. 271.

⁵¹ Sagüés, Néstor «El amparo contra leyes» en *Derecho y Sociedad*, Año 2, N.º 3, p. 8.

entonces, aquéllas que, por oposición a las heteroaplicables, no necesitan de ninguna norma o acto ulterior que tenga que producirse para que proyecte sus efectos normativos. Quiere decir esto, que *crea, modifica o extingue derechos, situaciones y relaciones jurídicas por el sólo hecho de que entren en vigencia con su publicación*. Llevan consigo un principio de ejecución, suele decirse. La doctrina mexicana al respecto ha precisado que debe tratarse de una obligatoriedad incondicionalmente individualizada, se ha hablado también del agravio personal y directo, según la conocida fórmula de Burgoa.

En el caso de Costa Rica, el inciso a) del artículo 30º de su Ley de la Jurisdicción Constitucional, establece lo siguiente:
“No procede el amparo.

Contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquéllas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado” (cursiva nuestra).

En el caso de Alemania, la Constitución, en su artículo 93, inciso 4, literal a), así como la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en su artículo 90, inciso 1), se dispone que el recurso de amparo procede si es interpuesta por cualquier persona sea afectada por el Poder Público, lo cual, a decir de Peter Häberle comprende todos los actos del Estado “desde la ley, los reglamentos y actos administrativos hasta los actos del poder ejecutivo y las decisiones judiciales”⁵². En este contexto, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán la que ha precisado que la procedencia de este mecanismo procesal supone, en general, pero de modo especial con respecto al denominado amparo contra leyes, que la lesión ocasionada por la ley deba ser, además de personal: actual e inmediata (*gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit*). Según Schlaich, la esencia de inmediatez de la lesión al derecho fundamental es el requisito esencial para la admisión de los amparos contra leyes y significa, concretamente, que la ley afecta o lesiona algún derecho fundamental sin precisar para tal efecto de un acto de ejecución del Poder Público. De lo contrario, si necesitara de un acto de aplicación, el recurso de amparo es rechazado para que sea dicho acto el que sea recurrido a través de la vía ordinaria. El aspecto decisivo es la lesión inmediata a los derechos fundamentales. De los diversos sentidos de “lesión inmediata” que Schlaich⁵³ destaca, podría decirse que su significado central es la afectación personal e inmediata y, por lo tanto, no abstracta ni remota.

Al respecto, Karl-August Bettermann, sostiene que la lesión inmediata a través de una ley se configura cuando a los destinatarios de la norma les está

⁵² V. Häberle, Peter «El recurso de amparo...», cit., p. 262.

⁵³ Schlaich, K. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 4., neuarbeitete Auflage, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 155.

ordenado o prohibido algo por una ley, cuya libertad limita, impone una obligación o priva de un derecho o situación jurídica; casos en los cuales, por consiguiente, es la ley directamente (y no, en principio, el acto administrativo aplicativo o la sentencia del juez) la que afecta al recurrente, es decir, incrementa sus obligaciones y disminuye sus derechos.⁵⁴ La contribución más significativa de este autorizado jurista es la diferencia entre obligación (*Pflicht*) y obligatoriedad (*Pflichtigkeit*), esta última es simplemente la autorización que la ley efectúa para que se imponga una determinada obligación y, en consecuencia, no implica una lesión “directa, inmediata y actual”; ésta, por el contrario, se configurará sólo cuando una ley imponga por sí misma, de manera directa una determinada obligación, mas no, una simple habilitación para su imposición.⁵⁵

No cabe duda que se está ante un concepto relativamente vago y, en principio, ante un concepto abierto que exige una delicada y compleja evaluación de manera casuística; en consecuencia, la aproximación más adecuada de él deberá formularse, básicamente, en función a caracterizaciones operativas. Por un lado, la eficacia jurídico-material, es decir, si impone directamente una obligación o sólo una habilitación para que ella sea impuesta y, por otra lado, si afecta o no derechos constitucionales.

Para Fix-zamudio, por el contrario, es en el ámbito procesal donde debe resolverse este problema. Se trata concretamente de precisar las condiciones de procedibilidad bajo las cuales es procedente esta modalidad del amparo y que tal autor, sugiere plantearlo a partir del concepto de interés para obrar. En efecto, si entendemos el interés para obrar como el estado de necesidad para acudir de modo inexorable al órgano judicial para solicitar tutela jurisdiccional del Estado, esta situación se creará cuando se esté ante normas de “individualización incondicionada” (Azuela), es decir, normas que con su simple publicación crearan, modificaran o extinguieran situaciones de derecho, en perjuicio de algún derecho constitucional.⁵⁶ Este perjuicio del derecho fundamental o constitucional estará dado por el hecho que dicha norma imponga una obligación o un impedimento que restrinja o lesione a aquél (Borrajo Iniesta).

En consecuencia, la premisa básica es que la autoaplicabilidad de una norma deberá examinarse casuísticamente y, luego, evaluarse si el justiciable

⁵⁴ Bettermann, Karl-August «Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt» en *Archiv für öffentliche Recht*, N.º 86, pp. 133-134.

⁵⁵ Bettermann, Karl-August «Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze...», p. 135.

⁵⁶ Fix-Zamudio, citando a Carrillo y a Azuela, respecto a la procedencia del amparo contra leyes, glosa que según los citados autores «podía reclamarse una ley con motivo de su simple expedición, cuando ésta creara, modificara o extinguiera, en perjuicio del quejoso una situación concreta de derecho. (...) admiten el amparo desde el momento de su promulgación, las leyes que causan perjuicio con el imperativo que ellas contienen, y existe perjuicio por la sola creación, transformación o extinción de situaciones concretas de derecho, y tal eficacia es únicamente inherente a las leyes de individualización incondicionada.» Cfr. Fix-Zamudio, Héctor «Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes» en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, N.º 37, Año XIII Enero-Abril, México D.F., 1969, p. 27.

se halla en el ineludible estado de necesidad de acudir a solicitar tutela jurisdiccional para proteger sus derechos constitucionales de los efectos de la norma. Por consiguiente, si ésta aún siendo autoaplicable, es contraria a otros contenidos constitucionales y no a derechos, el amparo, en principio, no será admitido.

Ya en otro punto y sólo a modo de atinencia, cabe observar que, como es sabido, el planteamiento en relación a esta modalidad de amparo se halla referida al orientado contra leyes, de allí su propia denominación. Sin embargo, como se tuvo ocasión de señalar las leyes y normas de rango análogo no son las únicas normas, existen además los reglamentos o normas reglamentarias expedidas no sólo por el poder ejecutivo, sino por la administración de los entes de gobierno local o regional y las personas jurídicas de derecho público en general. Por consiguiente, tratándose de normas reglamentarias, del mismo modo al de las normas de rango de ley, también pueden revestir el carácter de autoaplicativas y, eventualmente, ocasionar un acto lesivo. En consecuencia, es más adecuado al objeto de esta modalidad del amparo, referirlo como amparo contra *normas*, antes que contra leyes. Esta atinencia aclara que el objeto de esta modalidad de amparo estará orientado, en general, respecto a *normas de rango de ley y reglamentarias de carácter autoaplicativo*.

Podría objetarse que esta precisión no es necesaria en cuanto a las normas reglamentarias autoaplicables, toda vez que no hay ningún impedimento legal para que ello sea así y, por lo demás, sucede siempre en los procesos de amparo orientados contra la administración. Sin embargo, la importancia de ello es de orden conceptual y de consecuencias procesales. El eventual caso de normas reglamentarias autoaplicables que generen lesión en derechos fundamentales, siempre y cuando no se traten de actos administrativos *stricto sensu*, impugnado a través de un proceso de amparo, no originará nunca su declaratoria de invalidez, sino únicamente su inaplicación, es decir, la sentencia del proceso de amparo no tendrá efectos abrogatorios sobre la norma autoaplicable. La razón de ello se encuentra en la propia naturaleza del objeto del proceso de amparo, la finalidad subjetiva de la tutela de derechos; la circunstancia que en éste proceso —como en cualquier otro— se deba verificar la constitucionalidad o legalidad de las normas es consustancial a todo proceso, pero no el objeto primario de aquél. Esto es así en la medida que la regularidad del proceso de producción de normas, la validez de ellas, ésta reservado a los procesos constitucionales de control normativo, esto es, al proceso de inconstitucionalidad y al proceso de acción popular. Desde luego, si el acto lesivo no se encuentra en una norma reglamentaria autoaplicable, sino en un auténtico acto administrativo, éste simplemente será declarado sin efecto.

En Alemania se ha propuesto la posibilidad de que también sería procedente un amparo directo contra una ley que, empero, no tenga el carácter de autoaplicativa. La razón de ello estribaría, se dice, en que «aquí, una remisión a la tutela judicial contra el acto de aplicación no prestaría una protección judicial

suficiente contra los perjuicios irrogados por una norma».⁵⁷ No obstante lo atractivo de esta propuesta, sobre todo en atención a su orientación hacia la efectividad de la tutela jurisdiccional, consideramos que ella no resulta conveniente para nuestro ordenamiento, porque supondría extender la modalidad del amparo contra normas a ámbitos ajenos a su específica condición de procedibilidad: las normas autoaplicativas. Y esto, en principio, no supondría generar indefensión alguna, pues la protección frente a esa norma inconstitucional se podrá realizar siempre, de manera indirecta, a través del control respecto del acto de aplicación de dicha norma.

No puede desconocerse que el punto firme a partir del cual se admite la procedencia del amparo contra normas es que su objeto se trate de normas autoaplicables. Sin embargo, hay ciertos sectores doctrinales que han advertido la inadecuación de tal concepto. Así, Apostolos Gerontas ha observado que no es desde componentes formales como los de mediatez o inmediatez de la lesión desde donde debe plantearse el problema, sino desde caracteres sustanciales,⁵⁸ que, empero, no logra plantear el citado autor. Por el momento, aunque problemático, el criterio de autoaplicabilidad de la norma es el más idóneo a efectos de evaluar su procedencia.

III.5. ASPECTOS PROCESALES PARTICULARES

En términos generales procesalmente, el amparo contra normas no reviste particularidad sustancial. Sin embargo, hay algunas situaciones que merecen precisarse, éstas son el tema de la legitimación pasiva, el plazo para interponer la demanda, la eventual procedencia de medidas cautelares y, ciertamente, de modo muy importante, los efectos de la sentencia y la necesidad de un tratamiento dogmático de los casos que supongan no propiamente una violación sino una amenaza, si es que, acaso, pueda admitirse ello en esta modalidad de amparos.

Los aspectos antes señalados no pueden ser abordados en esta oportunidad, sin embargo, de modo referencial, respecto a la vía previa y la legitimación procesal pasiva, puede decirse lo siguiente. En este caso no existe vía previa, pues se está ante actos normativos, materialmente hablando, al margen del rango de la norma, y no, frente a actos administrativos. La legitimación pasiva recae en el representante del órgano constitucional o la entidad administrativa que produjo la norma lesiva del derecho constitucional. El artículo 30º de la Ley de Hábeas corpus y Amparo, señala que de la demanda se corre traslado al “autor de la infracción”. el que en el caso de esta modalidad

⁵⁷ Schenke, Wolf-Rüdiger «Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze» en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 23, 1986, p. 1453.

⁵⁸ Gerontas, Apostolos «Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz» en *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 11, 1982, p. 446. Schenke observa que el binomio entre normas inmediatamente y mediatamente lesivas no resulta convincente. Cfr. «Die Subsidiarität...», p. 1460.

de amparo correspondería al órgano constitucional (Poder Legislativo o Poder Ejecutivo) o entidad administrativa emisora de la norma autoaplicable. La particularidad del emplazamiento en el caso de cada una de estas normas puede ser integrada aplicando de modo supletorio lo establecido respecto de la legitimación pasiva en la acción de inconstitucionalidad y en la acción popular, por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Art. 32º) así como lo establecido por la Ley de Acción Popular (Art. 13º), respectivamente.

IV. LA DOBLE FUNCIÓN DEL AMPARO: EL AMPARO COMO MECANISMO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La constatación del proceso de amparo en cuanto mecanismo de control de la constitucionalidad podría efectuarse desde dos perspectivas. Una en sentido lato y otra en sentido estricto. En el primer caso, podemos decir que puede atribuirse a dicho proceso tal característica en cuanto su finalidad es justamente la protección de valores de rango constitucional, como son los derechos fundamentales. Desde tal perspectiva, resulta obvio que el proceso de amparo desempeña el rol de mecanismo de control de la constitucionalidad. Sin embargo, en sentido estricto y específico, el amparo asume esta función en cuanto participa cumpliendo una finalidad análoga a la de los procesos de control normativo (acción de inconstitucionalidad y acción popular) toda vez que, también pretende el control sobre la regularidad del proceso de producción de normas de nuestro ordenamiento. Participa, pues, en el mantenimiento de la regularidad del sistema de fuentes. Para llegar a esta afirmación en lo que se refiere a nuestro ordenamiento podemos partir de tres perspectivas concurrentes: legislativa, jurisprudencial y teórica.

Desde la perspectiva legislativa, la revisión antes efectuada sobre las disposiciones de nuestro ordenamiento, dan cuenta de la existencia de un rol consustancial del proceso de amparo en el control de constitucionalidad, tanto a través del amparo contra actos basados en normas inconstitucionales como a través del denominado amparo directo contra normas. Tomando como referencia, de otro lado, algunos casos de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, respecto a las modalidades de amparo antes señaladas, se advierte que en ambos casos se ha verificado la inaplicación de algunas normas, las cuales, de conformidad al principio de precedente vinculante de la jurisprudencia en esta materia (artículo 5º de la Ley N.º 25398), podría considerarse que dichas normas no podrán ser válidamente aplicadas por la judicatura, todo ello, ciertamente, con un efecto análogo, en términos prácticos, al de la declaración de invalidez de las mismas, pues, aún cuando su vigencia se mantiene incólume, la eficacia de la norma se halla enervada. Desde el punto de vista teórico, no hace falta sino resaltar la doble naturaleza o doble finalidad que, de modo clásico, ha sido atribuido al proceso de amparo. En efecto, Klaus Schlaich ha dicho respecto al recurso constitucional alemán (*Verfassungsbeschwerde*), que

“El Tribunal Constitucional,..., ha resaltado la doble función del recurso constitucional: él no se agotaría en la *protección individual del derecho fundamental*, sino también tendría la función de defender el derecho constitucional objetivo. A lado del “efecto casatorio casuístico”, él tendría un “efecto educativo general”. Así, sería un “específico *medio de protección jurídica del derecho constitucional objetivo*”.⁵⁹ O, lo mismo, que su función “no se agota en la defensa individual de los derechos fundamentales, ella también tiene la función de conservar el derecho constitucional objetivo y de servir a su interpretación y perfeccionamiento (*Fortbildung*)...(y que) en esta medida puede ser caracterizado como un específico medio de protección jurídica del derecho constitucional objetivo”.⁶⁰ Es esta la tesis central que el presente trabajo ha intentado alcanzar en las breves líneas que anteceden, a modo de una aproximación inicial.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo dicho, consideramos que debe quedar claramente establecido que si atendemos a la distinción de *amparo contra normas* y *amparo contra actos basados en normas inconstitucionales* en los términos expresados, el primero estará dirigido, únicamente, contra normas autoaplicativas que pueden ser de rango de ley o rango inferior, mas no frente a normas heteroaplicativas, las cuales serán impugnadas a través del proceso de inconstitucionalidad o a través del proceso de acción popular, según el caso. El segundo estará orientado directamente a enervar los efectos lesivos irrogados por el acto aplicativo basado en una norma inconstitucional o ilegal.

El amparo contra actos basados en normas inconstitucionales ha sido acogido de manera expresa por nuestra legislación, habiendo el Tribunal Constitucional ejercido la potestad de control difuso en diversas ocasiones con motivo de la resolución de diversos recursos extraordinarios.

El amparo contra normas se encuentra aparentemente proscrito por el artículo 200^º de la Constitución, sin embargo, a través de una *interpretación armonizante* de dicho artículo con el derecho a la tutela judicial se arriba a sostener que sí procede esta modalidad de amparo en nuestro ordenamiento, pero sólo respecto a normas autoaplicativas y con efectos meramente inaplicatorios. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su condición de supremo interprete de la Constitución, y, además, la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, han interpretado favorablemente la procedencia del amparo directo contra normas, en una dirección que, ciertamente, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional, es auténticamente fiel a la vocación y principio juspersonalista que fundamenta e

⁵⁹ (traducción nuestra), V. Schlaich, Klaus *Das Bundesverfassungsgericht*, 4., neuarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p.180.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 133-134. En sentido análogo, Burgoa, Ignacio *El juicio de amparo*, 33^ª ed., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 170.

inspira nuestro ordenamiento constitucional. En consecuencia, no obstante la aparente proscripción constitucional, puede afirmarse que, actualmente, existe el amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano.

El proceso constitucional de amparo a través de las modalidades mencionadas (amparo contra actos basados en normas inconstitucionales y amparo directo contra normas) desenvuelve una función activa y protagónica en la conservación de la regularidad del proceso de producción del derecho en nuestro ordenamiento, habiéndose evidenciado ello en sendos procesos donde se han inaplicado diversas normas por su inconstitucionalidad o por su ilegalidad. En consecuencia, el proceso de amparo en nuestro ordenamiento trasciende su finalidad estrictamente subjetiva de tutela de derechos para alcanzar de ese modo, a la vez, una función objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel «El amparo contra leyes» en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N.º 3, CAJ, Lima, 1994, pp.129-154.

Arroyo Moreno, Jesús A. «La fórmula de Otero y el amparo contra leyes» en *JURIDICA*, Anuario de Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N.º 20, 1990-1991, México, 1991, pp. 499-529.

Bettermann, Karl-August «Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt» en *Archiv für öffentliche Recht*, N.º 86, pp. 129-193.

Bidart Campos, Germán «El control de constitucionalidad en el juicio de amparo y la arbitrariedad o ilegalidad del acto lesivo» en *JURISPRUDENCIA*, Serie Contemporánea, Abril-Junio, 1969, T. II, Bs. As., pp. 169-176.

Bidart Campos, Germán *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*, EDIAR, Bs.As., 1968.

Borrajó Iniesta, Ignacio «Amparo frente a leyes (en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)» en *Revista de Administración Pública*, N.º 98, Mayo-Agosto, Madrid, 1982, pp.167-220.

Burgoa, Ignacio «La intervención de la Suprema Corte en el amparo contra leyes» en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N.º 28, T. VII, 1957, Octubre-Diciembre, pp.163-198.

Burgoa, Ignacio *El Juicio de Amparo*, 33ª ed., Edit. Porrúa S.A., México, 1997.

Cairo Roldán, Omar «El amparo contra leyes y la demanda de inconstitucionalidad» en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º III, Belaunde & Monroy Abogados, Lima, 1999, pp. 257-264.

Cappelletti, Mauro «Amparo» (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1958, Vol. II, pp. 329-330.

Danós Ordóñez, Jorge «La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano» en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N.º 7, CAJ, Lima, 1991, 63-79.

Figueroa Burrieza, Ángela «Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, N.º 7, 1987, pp. 229-250.

Fiz-Zamudio, Héctor «Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes» en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, N.º 37, Año XIII Enero-Abril, México D.F., 1969, pp. 11-39.

Gerontas, Apostolos «Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz» en *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 11, 1982, pp. 440-447.

González Pérez, Jesús «La cuestión de inconstitucionalidad» en Alzaga Villaamil,

Oscar (director) *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, T. XII, pp. 255-279.

Häberle, Peter "Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts" en *Komentierte Verfassungsrechtssprechung*, Athenäum, 1979, pp. 405-423.

Häberle, Peter "Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BverfG" en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Athenäum, 1978, pp. 631-655.

Sagüés, Néstor "El amparo contra leyes" en *Derecho y Sociedad*, Año 2, N.º 3, pp. 6-10.

Sagüés, Néstor *Derecho Procesal Constitucional*. Acción de Amparo, 4ª ed., Astrea, Bs.As., 1995.

Schenke, Wolf-Rüdiger "Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze" en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 23, 1986, pp. 1451-1461.

Schenke, Wolf-Rüdiger "Rechtsschutz gegen Normen" en *Juristische Schulung*, Zeitschrift für Studium und Ausbildung, N.º 21, 1981, Heft 2, pp. 81-88.

Schlaich, Klaus *Das Bundesverfassungsgericht*, 4., neuarbeitete Auflage, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, München, 1997

Soberanes Fernández, José Luis "El Amparo Mexicano y el control de la constitucionalidad" en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, Lima, Enero-Junio 1989, Año LXXVI, pp. 317-331.



INTIMIDAD, LIBERTADES INFORMATIVAS Y ALGUNAS TÉCNICAS PARA PODER HACER FRENTE A UNA DISPUTA APARENTEMENTE INACABABLE

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

Hace muy poco tiempo el escenario jurídico y periodístico peruano se vio convulsionado por algunos acontecimientos que -curiosamente- no estaban vinculados al polémico proceso electoral presidencial y parlamentario en el cual nuestro país se encuentra inmerso. Y es que, de manera similar a lo ya ocurrido en otros lugares del mundo, en varias sesiones de un sintonizado programa televisivo limeño se proyectaron imágenes en las cuales, sin conocimiento y consentimiento de las personas implicadas, se aprecia como dos bailarinas o "vedettes" de nuestro medio no solamente se dedicaban a bailar y a cantar, sino también a la prostitución. Las imágenes en cuestión eran parte de dos cintas de vídeo grabadas en el lugar donde el "contacto" o "colaborador" del programa televisivo denunciante tuvo relaciones sexuales con las dos bailarinas a las cuales ya hemos hecho mención, grabaciones efectuadas mediante cámara oculta y -repetimos- sin conocimiento y consentimiento de las dos artistas a las cuales venimos haciendo mención.

Independientemente de las alegaciones realizadas por uno y otro lado ⁽¹⁾, así como de las diversas especulaciones generadas ante la impresionante repercusión que se le dio a este hecho, un grueso sector de la ciudadanía se convenció de que aquí se habría configurado una violación del derecho fundamental a la intimidad de las dos vedettes implicadas. Frente a este tipo de consideraciones, Magaly Medina, conductora del programa que dio a conocer las polémicas cintas de vídeo, apoyada por el canal dentro del cual trabaja, señaló que su actuación se encuentra dentro del ejercicio regular de su derecho (y deber) de informar a la opinión pública de un hecho que indudablemente genere su interés, sobre todo si con lo sucedido podrían generarse serias repercusiones en la salud y la vida de las diversas personas que de una u otra forma resultasen implicadas (las dos vedettes no contaban con la autorización

⁽¹⁾ Se hace necesario aquí anotar que si bien las dos "vedettes" denunciadas reconocieron haber tenido encuentros carnales con la persona con la cual fueron filmadas, estos habían sido consecuencia de una relación libremente consentida entre las partes vinculadas en este caso, y no resultado de un pago proporcionado a su supuesta participación dentro de una red de prostitución, cargo que justamente era el que se les había achacado mediante la denuncia televisiva hecha en su contra. Sin correspondernos aquí pronunciarnos sobre la veracidad de esas afirmaciones, debemos eso sí señalar -con cargo a acreditarlo luego con más detalle- que aun cuando las dos bailarinas implicadas no estuviesen diciendo la verdad, es posible también alegar que incluso en dicha situación se habría hecho un ejercicio abusivo de la libertad de información o, visto desde otra perspectiva, se habría buscado apuntalar una limitación irrazonable o irracional al derecho a la intimidad de dos personas.

y revisión sanitaria que en el Perú se pide a quienes legalmente están habilitadas a dedicarse a la prostitución y, por otro lado, de acuerdo con lo proyectado ante la ciudadanía, no exigían el uso del preservativo a sus ocasionales parejas), amen del pernicioso ejemplo que con esto proyectan dos personas que son importantes corrientes de opinión -y por ende, modelos con los cuales puede generarse alguna identificación- ante el grueso de la comunidad. Todas estas consideraciones sobradamente no sólo justificarían lo realizado, sino que le quitarían toda virtualidad a la invocación del supuesto derecho a la intimidad efectuada de las vedettes cuya imagen fue proyectada en situaciones como las antes descritas.

El Derecho en general, y el Derecho Constitucional en particular, no pueden quedar indemnes ante este tipo de situaciones, situaciones en las cuales lo que finalmente se encuentra en juego es un conflicto (o por lo menos, un aparente) conflicto en el ejercicio de dos derechos fundamentales. Es más, tienen diseñado un conjunto de conceptos y criterios interpretativos a aplicarse en este caso en concreto. El objeto del presente trabajo es pues el de efectuar una rápida panorámica a estos conceptos y criterios, para luego en base a ellos intentar dar una respuesta jurídicamente consistente a un problema que desafortunadamente parece hoy no ser nuevo e infrecuente en nuestro país. Pasemos pues de inmediato a abordar los temas propuestos.

TECNICAS PARA LA SOLUCIÓN DE (POSIBLES) CONFLICTOS ENTRE DERECHOS, CRITERIOS PARA EVALUAR SI SE ESTÁ EFECTUANDO UNA INVOCACIÓN EXCESIVA O ABUSIVA DE LÍMITES AL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL, Y SU PUESTA EN PRACTICA EN CASOS ESPECIFICOS.

Asegurar la plena vigencia de los preceptos constitucionales -y sobre todo, la de los diferentes derechos fundamentales allí consagrados o reconocidos- nunca ha sido tarea fácil. Es por ello que progresivamente la preocupación por preservar la obtención de tan plausible objetivo ha ido generando la existencia de una serie de mecanismos de corte garantista, mecanismos provenientes de distintos orígenes y con diversos alcances. Intentando esbozar siquiera una clasificación de estos instrumentos, señalaremos que mientras que algunos de ellos pueden ser calificados como técnicas para la solución de (probables) conflictos entre derechos, otros se configuran más bien como mecanismos de defensa ante los posibles excesos del legislador (consideración dentro de la cual podemos incluir a conceptos como el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales -ya sea en su concepción española o en su comprensión alemana ⁽²⁾- o el de las garantías institucionales), existiendo

⁽²⁾ La primera mención a nivel constitucional del concepto "contenido esencial" la encontramos en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, precepto que como todos sabemos señala lo siguiente:

finalmente aquellos que podemos calificar como criterios para evaluar si se está efectuando una invocación excesiva o abusiva de límites al ejercicio de un derecho fundamental.

"[...] Artículo 19.-

1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella: dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental".

Aun cuando ha sido bastante intensa la discusión sobre los alcances de esta norma constitucional, dicha disposición, relacionada histórica y sistemáticamente al artículo 1.3 de la misma norma que venimos analizando (disposición conocida también como la cláusula de vinculación del legislador a los derechos fundamentales), apunta la idea de que el legislador, en el ejercicio de aquellas facultades por las cuales puede limitar el ejercicio de algún derecho fundamental, no solamente está prohibido de promulgar leyes contrarias a la plena vigencia de dichos derechos, sino también se encuentra obligado a adoptar las medidas de desarrollo normativo consideradas necesarias para asegurar una mayor eficacia de los mismos.

Muchos años después, en 1978, el artículo 53.1 de la Constitución española efectuará también una referencia al concepto "contenido esencial", aunque como veremos de inmediato, bajo parámetros bastante diferentes a aquellos en los cuales fue concebida en Alemania.

"Constitución Española de 1978

[...] Artículo 53.-

[...] 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el contenido de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a".

Si leemos con cuidado lo prescrito en el caso español, vemos que allí se asume un punto de partida muy diferente a lo plasmado en el caso alemán. Así pues, mientras que en la Ley Fundamental de Bonn el respeto al contenido esencial parte de reconocer que el legislador cuenta con la atribución de limitar los parámetros de ejercicio de algún derecho fundamental (a lo cual rápidamente se añade que el uso de esa atribución debe desempeñarse en forma razonable, apuntalando en la medida de lo posible la existencia de mejores condiciones para la más plena vigencia de los diferentes derechos involucrados), en la Constitución Española el concepto "contenido esencial" se articula más bien a todos los diferentes ámbitos de la capacidad normativa reconocidos al legislador (lo cual implica no solamente establecer límites al ejercicio de algunos derechos, sino también colaborar en la determinación de su contenido, e incluso generar obligaciones de carácter positivo).

En ese contexto, la comprensión española del concepto buscará entonces - con una lógica más "defensiva", si cabe el término - evitar que al momento de regularse el ejercicio de un derecho fundamental se afecten o distorsionen aquellos rasgos considerados básicos o centrales dentro de dicho derecho, una suerte de "núcleo duro" que en ningún caso debería ser violentado. La determinación de este "núcleo duro" o contenido esencial de un derecho fundamental se efectúa de acuerdo con lo previsto por el Tribunal Constitucional Español desde su sentencia 11/1981 (del 8 de Abril de ese año), tomando conjuntamente en cuenta dos criterios a los cuales se reputa como centrales: el de la naturaleza jurídica o modo de concebir o configurar cada derecho, y buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de cada uno de los derechos involucrados (ver al respecto el octavo fundamento jurídico de dicho fallo).

Siendo este un tema muy complejo, y al cual seguramente dedicaremos un próximo trabajo, diremos que la concepción española -sin duda la más conocida en nuestro medio - tiene aparentemente la ventaja de asegurar una actuación más cuidadosa del legislador al regular el ejercicio de diferentes derechos fundamentales. Sin embargo, creemos que su formulación, al suponer la existencia de un núcleo irreductible en cada derecho, tiene en nuestra opinión varias limitaciones para ser puesta en práctica, limitaciones sobre todo vinculadas a las dificultades existentes para determinar de manera más bien objetiva cual es ese núcleo irreductible o "duro" de cada derecho involucrado, situación que nos puede llevar a un contexto de gran y grave inseguridad jurídica.

Por otro lado, la concepción española se nos revela como tremendamente inadecuada para abordar el tema de aquellos derechos denominados "derechos complejos", derechos fundamentales como la autodeterminación informativa o el debido proceso que a su vez están constituidos por otros derechos. Una aplicación a rajatabla de esta postura puede llevarnos al discutible planteamiento por el cual el contenido esencial de estos derechos estaría integrado por un núcleo mínimo conformado a su vez

Centremos por un instante nuestro interés en el primero de los tres grupos o clasificaciones a las que hemos hecho referencia, ya que en el caso que queremos analizar se denuncia la existencia de un conflicto de derechos entre las libertades informativas (en este caso concreto la libertad de información ⁽³⁾) y el derecho a la intimidad. Frente a ello, se buscarán entonces respuestas que preservan la coherencia ordenamiento jurídico que venimos aplicando. En el Derecho Comparado se han perfilado fundamentalmente hasta tres respuestas o técnicas de interpretación para afrontar esta delicada tarea, técnicas que a saber son las siguientes: la de la posición preferente o preferred position, la de la ponderación (tributaria a su vez del "balancing" aplicado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América) y la de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales. Veamos pues muy sucintamente cual es el alcance de cada una de ellas para luego poder determinar cual (es) de ellas podría (n) ser invocable (s) para el caso que venimos analizando.

por varios derechos con sus propios núcleos irreductibles o "duros", situación que abiertamente conspira contra la operatividad y pertinencia de la construcción doctrinaria y jurisprudencial española aquí reseñada.

Queda entonces sin duda mucho que decir al respecto, máxime si se trata de un tema todavía poco estudiado en nuestro medio. Sobre el particular entonces recomendamos revisar los análisis comparativos hechos en el caso español por autores como Ignacio DE OTTO (Ver al respecto su texto incluido en MARTÍN -RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio -*Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1^o reimpresión, 1992, especialmente p. 132); Luis PRIETO SANCHIS (revisar aquí su *Estudios sobre derechos fundamentales* Madrid: Debate, 1990, especialmente p. 141-142); y Juan C. GAVARA DE CARA - *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo - La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* - Madrid, CEC, 1994. En el Perú se aborda el tema con mucha prolijidad en el texto de ABAD, Samuel - "Límites y respeto al contenido de los derechos fundamentales: Estudio Preliminar". En: *Thémis* N^o 21, Lima, 19 , p. y ss. Ahora bien, indudablemente el tratamiento más completo sobre este tema en el Perú lo tenemos en el primer tomo de la tesis de Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, trabajo de investigación intitulado "El Derecho Fundamental a un Proceso Justo y el Derecho a la Prueba como parte esencial de su contenido" que tuvimos el honor de asesorar y que muy pronto esperamos ver publicado.

⁽³⁾ La Constitución peruana vigente asume una posición dualista en el tratamiento de las libertades informativas, postura por la cual se asumen como dos derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión y la libertad de información. La libertad de expresión consistiría en la posibilidad de conocer y dar a conocer nuestras ideas y opiniones sobre cualquier tema en particular, siempre que con ello no se caiga en el insulto. Por otro lado, por libertad de información se entiende a la facultad que se tiene de dar a conocer hechos noticiables (datos de interés público y con relevancia pública) con veracidad (entendida no como certeza, sino como diligencia razonable en el manejo de las fuentes empleadas), así como a la posibilidad de poder conocer este tipo de hechos y de generar aquellos medios de comunicación social que facilitan y prácticamente canalicen el ejercicio de este derecho. En el caso concreto que venimos analizando, y aun cuando la conductora del espacio de televisión aprovecha lo ocurrido para efectuar algunos agresivos comentarios en contra de las dos vedettes involucradas, la especial configuración de lo sucedido nos permite señalar que el derecho cuyo ejercicio se alega es el de la libertad de información.

LA PREFERRED POSITION O POSICIÓN PREFERENTE Y SU APLICABILIDAD A NUESTRO SISTEMA DE DERECHOS.

Cuando hablamos de "posición preferente" o "preferred positions", estamos refiriéndonos a aquella construcción jurisprudencial estadounidense por la que la judicatura norteamericana consagra (desde 1937, mediante la célebre nota a pie de página del juez Stone en el caso "Unites States vs. Carolene Products") una jerarquización dentro del catálogo de derechos fundamentales acogido por el ordenamiento jurídico de dicho país, jerarquización mediante la cual el ejercicio de los derechos fundamentales recogidos en la Primera Enmienda al texto constitucional originalmente vigente (libertades de palabra, prensa, culto, petición o reunión pacífica), derechos considerados como los sustentos del sistema jurídico estadounidense y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, priman sobre cualquier otro derecho con el cual aparentemente entre en conflicto ⁽⁴⁾.

Lo expuesto tiene sin duda especial relevancia para nuestro caso en particular, pues de asumirse como aplicable esta construcción jurisprudencial al caso peruano, bastaría entonces con acreditar que nos encontramos en el ejercicio de la libertad de información para desvirtuar la validez de cualquier alegación destinada a exigir la plena vigencia de algún otro derecho fundamental, máxime si, como uniformemente lo señala la doctrina y jurisprudencia norteamericana, la Preferred Position implica también la presunción iuris tantum de la inconstitucionalidad de las normas o actos que limiten o regulen el ejercicio de los derechos fundamentales incluidos en la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense.

Ahora bien, además de resultarnos en ocasiones bastante discutible el supuesto carácter garantista que esta construcción jurisprudencial parece buscar apuntalar ⁽⁵⁾, justo es señalar que la conformación del sistema de derechos acogido por nuestro ordenamiento jurídico no parece admitir la existencia de derechos fundamentales que en abstracto tengan mayor relevancia que otros. Nuestros preceptos constitucionales reconocen que toda

⁽⁴⁾ Un desarrollo más detallado de este tema en nuestro idioma la encontramos en textos como el de FREIXES, Teresa - *Constitución y Derechos Fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992; WITT, Elder - *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, México, Gernika, 1995, sobre todo p. 28 y ss.; ALONSO GARCÍA, Enrique - *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, fundamentalmente p. 280-286; o en los trabajos de Alberto BIANCHI, intitulados *Control de Constitucionalidad y La Corte Suprema. Jurisdicción y Procedimientos*.

⁽⁵⁾ Tema delicado siempre ha sido el de intentar justificar en que se sustenta esa posición preferente concedida a los derechos recogidos en la Primera Enmienda. En este sentido, recomendamos ver los interesantes votos del juez Frankfurter en los casos "Kovacs vs. Cooper" (1949) y "Dennis vs. United States" (1951). En nuestra modesta opinión, esta jerarquización, no siempre sustentada en motivos objetivamente contundentes, puede crear una gran inseguridad jurídica y más dificultades que aquellas que busca resolver. Sin embargo, incluso en nuestro país existiría alguna postura favorable a reconocer una cierta jerarquización entre derechos. Ver en este sentido el artículo de EGUIGUREN, Francisco - "¿Tienen todos los derechos fundamentales igual jerarquía?". En: *lus Et Veritas*, Año III, N° 4, Lima, Mayo de 1992, especialmente p. 6.

persona tiene derechos, más no indican que tenga más derechos que los otros. Tampoco se establece un elenco mas tuitivo para algunos derechos constitucionalmente acogidos, situación que en determinados países -en nuestra modesta opinión erróneamente- en la práctica lleva a establecer una suerte de jerarquización formalmente no reconocida entre los diferentes derechos fundamentales ⁽⁶⁾. Es por ello que consideramos inaplicable esta construcción jurisprudencial en nuestro país en general, y a este caso en concreto en particular, salvo mejor parecer.

El Balancing y la Teoría de los Límites internos y contenido propio como técnicas de solución alternativas a la de la "Preferred Position".

La segunda técnica de interpretación a la cual haremos referencia tiene también un origen norteamericano. Estamos frente al denominado "balancing", pauta interpretativa por la cual se efectúa un contrapeso entre los diferentes derechos fundamentales, (balancing en sentido amplio ⁽⁷⁾), o entre dichos derechos fundamentales y diversos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos e incluso los intereses involucrados en cada caso concreto (balancing en sentido amplio ⁽⁸⁾). Esta técnica del balancing, sustancialmente empleada en los Estados Unidos de Norte América para resolver las aparentes situaciones de conflicto cuando el entredicho parece presentarse entre derechos a los cuales no se les reconoce una "Preferred Position", fue recogida y sistematizada por la doctrina y jurisprudencia alemana y española, siendo fuera de los Estados Unidos conocida habitualmente como ponderación ⁽⁹⁾, y resultando actualmente

⁽⁶⁾ Ello es en la práctica lo que apuntala la comprensión que el Tribunal Constitucional Español ha hecho del catálogo de derechos recogido por la Constitución Española de 1978, comprensión en base a la cual el grueso de los derechos sociales pasan a ser entendidos como derechos de menor relevancia, o, en el mejor de los casos, como derechos en proceso de formación. Este fenómeno (que no es exclusivamente español), así como sus consecuencias, ha sido desarrollado en nuestro "Apuntes sobre la Protección Jurisdiccional de los Derechos Sociales previstos en el ordenamiento jurídico español". En : Revista Jurídica del Perú N° 15. Trujillo, Normas Legales, Abril-Junio, 1998. Asimismo, y por citar nuevamente un ejemplo bastante más cercano a nuestra realidad como es el del caso español, allí también ante aparentes conflictos entre libertades informativas y al honor o a la intimidad (y sobre todo, desde la STC 104/86) el Tribunal Constitucional de ese país usó esta construcción norteamericana para privilegiar la aplicación de las libertades informativas frente a los otros derechos ya aquí mencionados, postura que en su momento recibió las en nuestra opinión justificadas críticas de FREIXES, Teresa -Op.Cit., p. 109, y SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio -El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV - *El derecho a la información* (Cuadernos Lucas Mallada N° 1) Zaragoza, Pórtico, 1995, especialmente p. 66-67.

⁽⁷⁾ Ver al respecto lo expuesto en ALONSO GARCÍA, Enrique -Op.cit., p. 417-427.

⁽⁸⁾ Un buen desarrollo de este tema lo encontramos en ALONSO GARCIA, Enrique- Op.cit., especialmente p. 417 y 436.

⁽⁹⁾ Estamos aquí refiriéndonos a la Güterabwägung o ponderación alemana, plasmada como opción a aplicarse para la resolución de posibles conflictos entre libertades informativas y honor en España desde la importante sentencia de su Tribunal Constitucional (STC) 104/86, sentencia emitida en el caso habitualmente conocido como Soria Semanal. Un interesante acercamiento a este tema, además de los efectuados en los textos ya antes mencionados, lo encontramos en SOLOZABAL ECHEVARRIA, Juan José -"Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los derechos fundamentales". En: *Revista de Estudios Políticos*. N° 71. Madrid, CEC, Enero-Marzo 19 , especialmente en la p. 98.

la más aplicada en Europa Occidental y Latinoamérica para hacer frente a estas situaciones. Sin embargo, ello no le ha librado el ser sometida a una serie de cuestionamientos sobre su viabilidad y pertinencia para conseguir los objetivos que se propone alcanzar.

Explicemos el sentido de esta última aseveración. Y es que en síntesis, dos son las críticas que se hacen a la objetividad e idoneidad de esta técnica interpretativa: en primer lugar, que al buscar establecer un equilibrio entre conceptos muy diferentes entre sí, muchas veces resulta imposible encontrar estándares judiciales o criterios de interpretación comunes en base a los cuales pueda luego efectuarse el contrapeso deseado. En segundo término, que son muy frecuentes los casos en los cuales los juzgadores imponen como supuesta consecuencia de su labor de ponderación a algo que no es más que la plasmación de criterios meramente subjetivos, criterios frecuentemente elaborados sin ninguna base objetiva o crítica ⁽¹⁰⁾.

Es en este contexto que aparece una tercera técnica interpretativa, conocida habitualmente como la teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales. Esta teoría, impulsada en el caso alemán por autores tan importantes como Peter Haberle, y defendida en España por juristas de la talla de Ignacio de Otto ⁽¹¹⁾, Remedio Sánchez Férriz ⁽¹²⁾ o Tomás Vives Antón ⁽¹³⁾ (además de haber sido recogida por algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español sobre el particular ⁽¹⁴⁾), parte del supuesto por el cual en realidad no existen conflictos entre dos derechos fundamentales cuyo ejercicio está aparentemente enfrentado, sino solamente situaciones en las cuales por un lado se encuentra una persona (natural o jurídica) o grupo de personas que intenta indebidamente percibir algún beneficio que no le corresponde haciendo para ello la invocación abusiva o injustificada de un derecho cuya titularidad en rigor no le compete; y de otro, alguna(s) persona(s)

⁽¹⁰⁾ En este mismo sentido, ALONSO GARCÍA, Enrique, Op.Cit., p. 431-436; y en el caso peruano, el detallado e interesante estudio de BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo - Op.cit., tomo I p. 80 y ss. Una explicación de las repercusiones que puede tener un uso distorsionado de esta técnica de la ponderación para hacer frente a posibles conflictos entre las libertades informativas y derechos como la intimidad o el honor lo encontramos en SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio -Op. Cit. p. 60 y ss.; así como en nuestro "Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas". En: Revista *Peruana de Derecho Constitucional*. Nº 1, Lima, Tribunal Constitucional.; 1999 y p. 407 y ss. (especialmente p. 412 a 414).

⁽¹¹⁾ Ver al respecto el trabajo de Ignacio DE OTTO, en MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio - *Derechos Fundamentales y Constitución*, Op.cit., especialmente p. 137 a 146.

⁽¹²⁾ En este sentido SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio - Op.cit., p. 67.

⁽¹³⁾ Sobre el particular recomendamos revisar lo expuesto por VIVES ANTON, Tomás - *Derecho Penal*, Parte Especial (Volumen I), trabajo dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, y publicado en Valencia por Tirant Lo Blanch en 1987. La referencia específica a este tema la encontramos en las páginas 673 y siguientes de dicho texto.

⁽¹⁴⁾ Esta parece haber sido la postura acogida en las SSTC 15/1993, 336/1993, 170/1994, 42/1995, y -muy especialmente- 139/1995, así como en los autos del Tribunal Constitucional (AATC) 109/1995 y 268/1996.

-sean ésta(s) natural(es) o jurídica(s)- quien(es) si esta(n) en el ejercicio regular de un derecho cuya titularidad le corresponde plenamente.

Luego de todo lo expuesto, cabe entonces preguntarse cual de estas dos interesantes técnicas sería la aplicable a este caso en concreto. Aquí la respuesta difícilmente será consensual, aun cuando adelantamos que en nuestra modesta opinión la teoría de los límites a los límites y contenido propio de los derechos fundamentales aseguraría un mayor margen de objetividad en la actuación del intérprete o juzgador encargado de resolver este tipo de controversias.

Consecuentes con lo que acabamos de anotar, diremos que si ponemos esta última técnica interpretativa en vinculación con los derechos a la libertad de información y a la intimidad, una aplicación de la teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales nos llevaría a señalar que en un caso como éste o estamos frente al ejercicio regular de la libertad de información (y por ende, siendo víctimas de una invocación indebida del derecho a la intimidad) o nos encontramos ante una limitación arbitraria e irrazonable de la intimidad que intenta convalidarse o legitimarse arguyendo que se actúa en el pleno ejercicio de la libertad de información. Hablando entonces del caso concreto, o la señora Medina estaba en el ejercicio regular de su derecho y deber de informar a la comunidad un acontecimiento considerado relevante para la configuración de una opinión pública libre (con lo cual, las alegaciones de una supuesta vulneración de la intimidad de las señoritas Vásquez y Adaro carecerían de todo sentido) o la actuación de la señora Medina sería la de alguien que se aprovecha de las facilidades que le proporciona el trabajar en un medio de comunicación social para violentar indebida e ilegalmente la intimidad de las dos "vedettes" cuyo comportamiento personal intenta poner en evidencia. Sin embargo, aun aplicando a este caso concreto la técnica de la ponderación (en este caso en concreto únicamente entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos), creemos que vinculadas a la aplicación de esta técnica también pueden existir algunos otros aspectos muy interesantes a analizar, siendo tal vez el más relevante de ellos el de determinar hasta que punto el ejercicio de las diversas libertades informativas pueden constituir un límite razonable al ejercicio del derecho a la intimidad. Estos son justamente los temas que abordaremos a continuación.

LA APLICACION DE LAS TECNICAS Y CRITERIOS ANTES RESEÑADOS A ESTE CASO EN CONCRETO. LOS DERECHOS INVOCADOS Y LOS ALCANCES QUE DEBE RECONOCERSE A LOS MISMOS.

Las libertades informativas: sus alcances, relevancia y límites, y la aplicabilidad de la teoría de los límites internos y contenido propio en el caso que venimos analizando.

Pocos derechos fundamentales han adquirido tan especial relevancia para la configuración de todo moderno Estado de Derecho como las libertades

informativas (nombre con el cual se suele hacer una referencia genérica que envuelve tanto a la libertad de expresión como al derecho o libertad de información). Así lo señalan pronunciamientos tan diversos como el emitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Handyside" (sentencia del 7 de Diciembre de 1976), en donde se asevera que "la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática"; o lo previsto por el Tribunal Constitucional Español, que en su sentencia (STC) 6/1981, del 14 de Marzo de ese año (y con consideraciones que nos hacen recordar lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 15 de Enero de 1958 sobre libertad de expresión) señalara que:

" [...] El artículo 20 de la Constitución (Española, referido a las libertades de información y expresión), en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución (Española), y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política".⁽¹⁵⁾

Ahora bien, estas libertades informativas, a pesar de su innegable importancia, no son derechos cuyo ejercicio por lo menos dentro de un Estado de Derecho que se precie de serlo sea absoluto. Lo que ocurrirá en realidad es todo lo contrario, pues como sucede con cualquier otro derecho, tanto la libertad de expresión como el derecho a la información admiten límites en su ejercicio. Estos límites, como bien sabemos, pueden ser intrínsecos o internos (marcados por la naturaleza jurídica y la función o funciones reconocidas a cada derecho), pero también extrínsecos o externos, determinados por el respeto a la vigencia de otros derechos fundamentales o de algunos bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos.

Expliquemos con mayor detalle el sentido de esta nuestra última aseveración. El hombre, como ser social que es, se desenvuelve en un contexto en el cual se hace necesario un mínimo respeto de los derechos fundamentales de los demás, así como la plena vigencia de algunos conceptos considerados necesarios para asegurar la subsistencia del Estado y el cumplimiento de los fines reputados como propios de dicho aparato estatal. Por otro lado, los diferentes derechos cuentan con rasgos propios que limitan sus alcances. Invocar el ejercicio de dichos derechos sobrepasando abiertamente los parámetros dentro de los cuales los mismos deben desarrollarse nos pone dentro de los supuestos de un uso ilegítimo o un abuso del derecho cuya titularidad se reclama.

Llevemos pues esta reflexión al ámbito de las libertades informativas. Necesario es entonces aclarar que el ordenamiento jurídico peruano asume en este tema una postura dualista, por la cual se distingue entre libertad de expresión y libertad de información. Libertad de expresión en líneas generales

⁽¹⁵⁾ Ver al respecto la STC 6/1981, FJ 3°. Los paréntesis consignados en nuestra cita son nuestros.

es aquella facultad que todos tenemos de dar a conocer nuestros puntos de vista sobre alguien o algo, potestad que no nos habilita a un supuesto derecho al insulto (límite intrínseco al ejercicio de la libertad de expresión), y que además, debe ejercerse respetando la vigencia de otros derechos fundamentales (honor o intimidad, por solamente citar algunos ejemplos) o de ciertos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (como pueden ser la seguridad nacional o el orden público)⁽¹⁶⁾. Sin embargo, para este caso en concreto nos interesa analizar con mayor detalle el derecho fundamental comúnmente denominado libertad de información.

Por libertad de información se entiende tanto a la posibilidad de dar a conocer hechos noticiables, como la de poder enterarnos de dichos hechos y el estar en capacidad de crear medios o instancias a través de los cuales puedan ejercerse los derechos antes mencionados, instancias a las que habitualmente se les llama medios de comunicación social. De primera impresión, eso es lo que parece haberse puesto en práctica en este caso concreto. Sin embargo, un ejercicio legítimo de este derecho fundamental implica también realizar determinadas precisiones y especificaciones que ahora mismo pasaremos a explicitar.

En primer lugar, debemos aclarar que se entiende en términos constitucionales por hechos noticiables. Y es que si bien en el ámbito de lo fáctico cualquier persona puede considerar que un acontecimiento tiene suficiente relevancia para ser puesto en conocimiento de toda la comunidad, ello no siempre es constitucionalmente admisible, pues aquello significaría dejar abierta la puerta para vulnerar en forma flagrante distintos derechos fundamentales como pueden ser el honor, la intimidad o la buena reputación, únicamente por mencionar ciertos casos. Es por ello que, al entrar a determinar cuando estamos ante un hecho noticiable, la doctrina más calificada sobre el particular exige que éste deba ser un acontecimiento de interés público y/o de relevancia pública, situación dentro de la cual tradicionalmente se involucra tanto a lo efectuado por funcionarios públicos en el ejercicio de las atribuciones que le son propias, así como a lo realizado como parte de sus actividades cotidianas por quienes sin ser funcionarios son considerados por la comunidad como líderes o corrientes de opinión (y por ende, posibles motivadores de determinadas conductas en toda o por lo menos buena parte de la población), o a aquellas situaciones en las cuales si bien no están involucrados funcionarios públicos o ciudadanos considerados como líderes de opinión, la gravedad de los acontecimientos involucrados amerita que lo sucedido sea de conocimiento de toda la comunidad.

⁽¹⁶⁾ Debemos añadir aquí que algunos también consideran como parte de la libertad de expresión a la posibilidad de conocer los puntos de vista que tiene otro (u otros) sobre un mismo tema. Por otro lado, cabe aclarar que cuando hablamos de bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos como elemento que limita el ejercicio de algún derecho fundamental, ponemos énfasis en que -por lo menos en nuestra opinión- el reconocimiento al cual estamos haciendo referencia deberá

Ahora bien, con el conocer o dar a conocer hechos noticiables no se agotan los rasgos básicos propios de la libertad de información. Elemento de vital importancia es también el de que los acontecimientos noticiables deben ser veraces. Cabe eso si aclarar que esta veracidad no es sinónimo de certeza en lo que se informa, sino más bien implica una diligencia razonable en el manejo y cotejo de las fuentes que nos permitan corroborar y/o configurar los alcances de dicho hecho noticiable⁽¹⁷⁾. Ello implica, entre otras cosas, que la información a transmitirse haya sido obtenida con un escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de las otras personas involucradas.

Aprovechemos pues los datos hasta ahora consignados aquí para de inmediato intentar aplicar la ya mencionada Teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales. La determinación de si estamos o no ante el ejercicio regular del derecho a la libertad de información pasará entonces por establecer si se cumple o no con los elementos o requisitos que acabamos de reseñar. Diremos pues en primer término que aún admitiendo que las señoritas Vásquez y Adaro son realmente líderes o corrientes de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ellas nada tienen que ver con las actividades por las cuales son públicamente conocidas: su labor como cantantes y bailarinas.

Sin embargo, justo es anotar como la conductora del programa televisivo que efectúa el "destape" al cual venimos haciendo referencia sustenta aquello que considera un ejercicio regular de la libertad de información en una pretendida defensa del derecho a la vida de las señoritas Vásquez y Adaro, así como -al asumir que las dos "vedettes" en cuestión también se dedican a la prostitución- de sus potenciales "clientes" (esto en la medida en que ambas no cuentan con un carné de sanidad ni se someten a las revisiones médicas periódicas exigidas en el Perú a quienes ejercen el meretrício en forma debidamente registrada).

siempre ser expreso. Además, no bastará con la mera alegación de este tipo de límites para así impedir o desvirtuar la plena vigencia de determinado derecho fundamental. En estos casos deberá entonces efectuarse un juicio o evaluación de razonabilidad, examen cuyos parámetros o alcances abordaremos posteriormente con mayor detalle.

⁽¹⁷⁾ Pongamos un ejemplo sobre el particular, vinculado a un hecho realmente ocurrido en un país de nuestro subcontinente. Luego de un desafortunado accidente de aviación, y en función a lo que decían los partes médicos y policiales iniciales, además del testimonio de algunos testigos, se llegó a la conclusión -difundida por diversos medios de comunicación- de que el piloto de la nave siniestrada era el único sobreviviente de la catástrofe. Luego se comprobó que aquello no correspondía a la realidad. Mal podría entonces en este caso hablarse de una invocación irregular de la libertad de información alegándose falta de veracidad de los periodistas que hicieron el seguimiento de lo sucedido, pues lo señalado por ellos se ceñía a lo prescrito en documentos oficiales y había además sido corroborado por diversos testigos presenciales. Es por todo ello que los comunicadores sociales involucrados en este caso actuaron aquí con diligencia razonable en el análisis de las fuentes a su cargo al hacer acopio de fuentes oficiales y además, contrastarlas con testimonios de ciudadanos sin ningún interés de faltar a la verdad de las cosas. En ese contexto, el hecho de que lo expresado no se ajuste a lo que finalmente ocurrió no es algo que finalmente debería generar mayor responsabilidad de tipo constitucional a los periodistas implicados, salvo mejor parecer.

Ello le daría a estos hechos el interés y relevancia pública que su denunciante reclama para ellos. Ahora bien, aún considerando como cierta tan discutible aseveración (no solamente no está suficientemente acreditado el supuesto ejercicio de la prostitución aquí alegada, sino que -aún asumiendo que la actuación de las señoritas Vásquez y Adaro coincidiese con lo señalado por el medio de comunicación denunciante- lamentablemente los exámenes reclamados no eximen plenamente de la generación de riesgos prácticamente inherentes a este tipo de actividades), lo cual implicaría reconocer interés y relevancia públicas a las revelaciones efectuadas, todavía hace falta determinar si se ha cumplido con el otro elemento necesario para configurar un ejercicio regular de la libertad de información invocada en este caso, el elemento de la veracidad.

Aquí hay varias cosas que señalar. La primera de ellas es que si bien los videos proyectados parecen darnos indicios de lo denunciado, en realidad eso es lo que inferimos luego de apreciar también algunas filmaciones que acompañan a las escenas más explícitas, filmaciones que bien pudieron añadirse posteriormente para darle un determinado sentido a aquello que finalmente se da a conocer. Esto sin duda puede crear múltiples controversias. Es por ello que aquí resulta particularmente importante pasar aquí a abordar un aspecto que en nuestra modesta opinión es definitivo para dilucidar la forma en la cual debe resolverse el presente caso: la información transmitida en este caso fue obtenida mediante cámaras ocultas sin conocimiento y consentimiento de las señoritas Vásquez y Adaro.

Estamos pues ante un caso de prueba ilícita, aquella que en líneas generales es obtenida violentando diversos preceptos constitucionales y muy especialmente alguno de los diferentes derechos fundamentales allí recogidos ⁽¹⁸⁾. Un ejercicio regular de un derecho como el de la libertad de información no puede estar pues sustentado en una tan abierta violación no solamente de la intimidad de las dos "vedettes" implicadas, sino eventualmente de otros derechos fundamentales. Es más, cabe señalarse que en el Perú -a pesar de algunas importantes posiciones doctrinarias discrepantes al respecto ⁽¹⁹⁾- se ha seguido la teoría norteamericana del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), por la cual no solamente se recusa la validez de la

⁽¹⁸⁾ Al respecto recomendamos revisar, entre otros, el interesante trabajo de PARRA QUIJANO, Jairo- "Pruebas ilícitas". En: *Ius Et Veritas*. Año VIII. N° 14. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Junio de 1997.

⁽¹⁹⁾ Cabe anotar como algunos autores, haciendo una distinción entre la ilicitud y la idoneidad de la prueba en cuestión, admiten la validez y eficacia de un medio probatorio ilícito sin perjuicio del castigo que pudiera interponerse a aquellos que obtuvieron dicha prueba. Es más, y justamente cuando el derecho violentado con estas pruebas ilícitas es el de intimidad, hay quienes reclaman un análisis de proporcionalidad antes que el descartar de plano la validez de estos medios probatorios. Una buena explicación de las diferentes posiciones existentes al respecto lo encontramos en PARRA QUIJANO, Jairo -Op. Cit., especialmente p. 39 y ss. Por otro lado, una postura proclive a efectuar un análisis de proporcionalidad para estos temas en nuestro país es la de BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo -Op. Cit, tomo II, p. 344-355.

prueba obtenida ilícitamente, sino también la de aquellos otros medios probatorios basados en datos conseguidos a través de dicha prueba ilícita. La invocación de una *exceptio veritatis* podrá en el mejor de los casos librarnos de la adjudicación de una pena en el ámbito de la responsabilidad penal ⁽²⁰⁾, pero no nos exculpa de la violación de los derechos fundamentales cometida (y de las repercusiones de carácter constitucional que ello puede acarrear), así como de la determinación de una eventual responsabilidad civil extracontractual.

La teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales cumple entonces con demostrarnos que aquí - independientemente de la buena o mala intención del medio de comunicación implicado- no se configuró un ejercicio regular del derecho a la libertad de información, sino que más bien se apuntaló una invocación abusiva de este derecho fundamental con la cual abiertamente se vulneró el derecho a la intimidad de dos personas. Sin embargo, es justo anotar como aun con la aplicación de la técnica de la ponderación -a pesar del fuerte riesgo y sesgo de subjetividad por el cual suele cuestionarse a esta técnica interpretativa- también puede en este caso concreto puede llegarse a la conclusión de que se ha producido un perjuicio a la intimidad. Pasemos entonces a dedicar unos breves párrafos a este tema.

LAS CONSECUENCIAS DE APLICAR LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN A ESTE CASO EN CONCRETO Y LA DETERMINACIÓN DE SI ESTAMOS O NO ANTE UNA LIMITACIÓN RAZONABLE AL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Como bien sabemos, la ponderación es un técnica de interpretación empleada para así darle solución a los probables conflictos que puedan surgir entre dos o más derechos fundamentales. Aquí, buscando así revertir algunos de los cuestionamientos que se le hacen a esta construcción doctrinaria, no es el capricho o la plena discrecionalidad del intérprete o juzgador llamado a resolver la eventual controversia la pauta a seguir en este tipo de casos, sino el escrupuloso cumplimiento de ciertos parámetros previamente establecidos mediante los que se podrá establecer a cual de los derechos en juego se le reconoce plena vigencia en una coyuntura determinada, derechos a los que obviamente se les considera como de la misma jerarquía o importancia.

En el caso de las siempre complejas relaciones entre las libertades informativas y la intimidad (complejidad también invocable cuando en vez de la

(20) Como es de conocimiento general, el ordenamiento jurídico de un país determinado habilita la posibilidad de que en mérito a ciertas circunstancias algunas acciones humanas, acciones que reúnen además otros requisitos considerados necesarios para establecer si estamos o no ante un delito (antijuricidad, culpabilidad), sean eximidas de la pena que en situaciones similares les hubiere correspondido. La *exceptio veritatis* es pues una de esas circunstancias o causales por las cuales el ordenamiento jurídico peruano nos libera de recibir la sanción aquí reseñada, aun cuando se reconozca el carácter antijurídico y culpable del comportamiento que hayamos efectuado.

intimidad los derechos aparentemente enfrentados a las libertades informativas son el honor, la buena reputación o la buena imagen), las pautas o parámetros a tomarse en cuenta inciden también en aspectos como el de la veracidad de la información transmitida o recibida, o el carácter público o privado (entendido como personal o reservado) de dicha información. Así por ejemplo, primará la libertad de información sobre la intimidad si lo que se da a conocer son hechos ciertos o temas de interés o relevancia pública. Sin embargo, cabe preguntarse que ocurriría si frente a casos como éste no hubiesen criterios previamente establecidos como éstos, o la aplicación de los mismos no fuese fácil de deducir. La práctica en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas ante este tipo de situaciones será entonces la de evaluar si es que en nombre del ejercicio de la libertad de información resulta razonable recortar tan drásticamente el legítimo disfrute el derecho a la intimidad invocado en este caso específico por las señoritas Vásquez y Adaro.

Como es de conocimiento general, el examen de razonabilidad parte de la constatación de que nada está más en las antípodas del Estado de Derecho que el comportamiento arbitrario de quien tiene alguna cuota de poder. Es por ello que la conducta de quien se desempeña como autoridad, y sobre todo cuando con sus acciones lo que se hace es limitar el ejercicio de un derecho fundamental, debe ceñirse a ciertos parámetros, aquellos fijados como propios de este tipo de evaluación por la doctrina y jurisprudencia norteamericana: el buscar plasmar un fin considerado lícito o legítimo (análisis de causalidad) y el conseguir alcanzar dichos fines a través de medios adecuados (análisis de proporcionalidad ⁽²¹⁾). Tratando estas exigencias al caso sometido a nuestro

⁽²¹⁾ Sin que esto se entienda como un análisis exhaustivo de la materia, puede resultar interesante señalar como en primer lugar suelen considerarse como fines legítimos en una sociedad democrática, elemento central para la aplicación tanto del juicio de razonabilidad como la construcción europea de la Teoría de los límites a los límites de los derechos fundamentales (sobre las similitudes entre ambas construcciones jurisprudenciales recomendamos ver nuestras "Reflexiones sobre las luces y sombras hoy existentes en el desarrollo de las labores de tutela de los diversos derechos a nivel mundial (y los retos que ello implica)" comunicación que recoge nuestra exposición ante las XIV Jornadas Argentinas de Derecho Constitucional. Santa Fé. 1999 y que recientemente ha sido publicada en *Normas Legales. Legislación, Jurisprudencia y Doctrina* Trujillo, Normas legales, Tomo N° 285. Febrero 2000. Páginas. A-121 y ss.) al respeto de los diferentes derechos fundamentales; la tutela de algunos bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos como la seguridad nacional o el orden interno; y la prevención de las infracciones penales.

Por otro lado, justo es señalar como históricamente (tendencia afortunadamente revertida por fallos más recientes como el Repetto y algunos otros), al aplicar sus diferentes juicios de razonabilidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina era muy proclive a exigir el cumplimiento del requisito de proporcionalidad, tendiendo más bien a aparentemente soslayar la relevancia de contar con un fin legítimo que inspire la labor efectuada por quien se desempeña como autoridad de alguna institución o asume responsabilidades de este tipo.

Finalmente, resulta importante anotar como lo previsto por el texto constitucional peruano de 1993 en lo referente a la evaluación de las medidas adaptadas al amparo de un Estado de Excepción (artículo 200 in fine de dicha Carta Magna) obliga, por estricta aplicación del principio de unidad y coherencia (o concordancia) práctica de los preceptos constitucionales (la constitución es una unidad en si misma, sin mayores contradicciones ni redundancias en su interior), a asignarle un

análisis, correspondería estudiar si la restricción a la intimidad de las dos "vedettes" responde a una finalidad lícita, y además, si ésta se canaliza a través de los mecanismos indicados, los propios y respetuosos del Estado de Derecho.

Indudablemente que la protección de la vida y la salud de las personas, y la configuración de una opinión pública libre -de acreditarse su vulneración- parecen ser argumentos como fines constitucionalmente válidos y legítimos, objetivos que incluso convendría tutelar y proteger. Ahora bien, y tal como ya lo hemos visto anteriormente, la acreditación de estas aseveraciones es -por decir lo menos- bastante discutible. Sin embargo, y por si lo expuesto no tuviese suficiente entidad, alegar que aquí se han usado los medios adecuados para obtener los objetivos buscados si es algo que a todas luces se nos presenta como insostenible. Es pues en mérito a todo lo expuesto que creemos queda debidamente acreditado como aquí nos encontramos ante una limitación irrazonable, y por ende, constitucionalmente inaceptable, al ejercicio del derecho a la intimidad, muy independientemente de las buenas intenciones que pudieron inspirar la actuación del medio de comunicación denunciante, salvo mejor parecer.

A MODO DE CONCLUSION: ALGUNAS RECOMENDACIONES SOBRE LA POSIBLE ESTRATEGIA A SEGUIR FRENTE A CASOS DE ESTE TIPO.

Una vez constatada la que sería una violación del derecho a la intimidad, se abre entonces en favor de las presuntas perjudicadas la oportunidad de escoger entre una serie de alternativas destinadas a asegurar la tutela de este relevante derecho fundamental, en la línea de lo que Fix Zamudio bien denominó vías ordinarias y vías específicas (o especiales) de defensa de este tipo de derechos ⁽²²⁾. Si intentamos llevar esta clasificación a lo previsto en el

contenido distinto e independiente entre sí a conceptos como los de razonabilidad y proporcionalidad. En ese contexto se debería entender la noción de razonabilidad en sentido estricto como sinónimo de análisis sobre la licitud del fin o causa que motiva la dación de dicho régimen excepcional, salvo mejor parecer.

⁽²²⁾ El destacado jurista mexicano Héctor Fix Zamudio anota que entre el amplio escenario garantista de los diferentes derechos fundamentales cabe distinguir entre medios ordinarios, medios indirectos y medios específicos para la tutela de dichos derechos. Se entiende como medios ordinarios aquellos procesos que, a pesar de no estar especialmente previstos para la defensa de algún derecho fundamental, cumplen en los hechos un rol tuitivo de esos derechos. Este es el caso, por citar un ejemplo, de un proceso de alimentos.

Por otro lado, se califica como medios indirectos a aquellos cuyo objetivo no es la tutela de determinado derecho fundamental sino que la sanción o sanciones que impongan generarán un clima más proclive a la protección de tan importantes derechos. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se censura a algún ministro por haber avalado (o por lo menos, no haber tenido la diligencia suficiente para evitarlo) la vulneración de ciertos derechos ciudadanos. Aquí el objetivo de la censura es el de la separación del cargo de aquel alto funcionario que, de acuerdo con la mayoría parlamentaria de turno, no asume debidamente las responsabilidades que se le adjudican. Sin embargo, al darse la censura en un contexto como el aquí descrito, se considera que dicha censura generará tanto en el funcionario destituido como en el resto de sus colegas una mayor preocupación por asegurar la plena vigencia de los diversos derechos fundamentales.

ordenamiento jurídico peruano para hacer frente a este tipo de situaciones, encontraremos un escenario -muy similar a aquél que podría invocarse en otros países latinoamericanos- en el cual tendríamos alternativas de tipo civil, penal o constitucional mediante los cuales no solamente podríamos buscar proteger la vigencia del derecho agredido aquí reseñado, sino también sancionar al infractor, o por lo menos, intentar resarcirnos de su perjuicio.

El escenario constitucional sería, que duda cabe, el de la interposición de un Amparo en contra de quienes han vulnerado y, como en este caso en particular, siguen violentando la intimidad de las dos "vedettes" denunciadas. Con la sentencia a emitirse en este proceso constitucional no solamente conseguiríamos evitar se sigan causando este tipo de perjuicio, sino que eventualmente, y dentro de las pautas previstas en el artículo 11 de la Ley 23506, ley peruana de Hábeas Corpus y Amparo, un proceso penal contra quienes hayan originado la infracción constitucional que venimos reseñando ⁽²³⁾, podríamos iniciar un proceso penal argumentando la comisión de un delito contra la intimidad, figura debidamente tipificada como tal en nuestro país. Sin embargo, justo es señalar que por la propia naturaleza del proceso de amparo, éste en principio no nos concede derechos o beneficios de carácter patrimonial. Es por ello que, a pesar de no constituir procesos constitucionales cabe también analizar la viabilidad de los mecanismos que nos conceden los ordenamientos procesales civiles y penales para afrontar la mejor defensa de los derechos que aquí están en juego.

El ámbito penal parece ser muy sugerente para intimidar a quienes supuestamente han vulnerado nuestros derechos, y además, nos proporciona una retribución económica como reparación civil y suele ser un buen elemento para apuntalar la obtención de una buena indemnización en la vía civil. Sin embargo, su uso en este caso en particular, además de efectuar con ello un uso bastante discutible del rol que en realidad por lo menos teóricamente se busca alcanzar con el Derecho Penal ⁽²⁴⁾, tampoco nos asegura la sanción al

Finalmente, se denominan medios específicos (también conocidos como acciones de garantía constitucional o, en términos técnicos, de procesos constitucionales propios de la jurisdicción Constitucional de la Libertad) a aquellos mecanismos procesales especialmente creados para la tutela de los diversos derechos fundamentales, mecanismos caracterizados también por su trámite más bien sumario. Aplicando entonces esta clasificación al caso concreto sometido a nuestro análisis, podemos señalar que el Amparo sería el medio específico para la tutela del derecho a la intimidad aquí aparentemente violentado, resultando los procesos penales y civiles a los cuales ya hemos hecho referencia los medios de carácter ordinario invocables en este caso en particular. A través de cualquiera de ellos se puede entonces proteger este derecho, siendo ya potestad del justiciable determinar cual sería el camino más conveniente para buscar asegurar la plena defensa de sus pretensiones.

⁽²³⁾ La aplicación del artículo 11 de la ley 23506, concordada con lo dispuesto por la normatividad procesal penal actualmente vigente en el Perú, obligaría a que el juez constitucional de oficio ponga lo sucedido en conocimiento del Ministerio Público para que éste vea si hay mérito o no a presentar la denuncia penal correspondiente. Ahora bien, justo es anotar que desafortunadamente este precepto legal ha sido entendido por los jueces de Hábeas Corpus y Amparo únicamente como una potestad que pueden ejercer discrecionalmente (y que de hecho, ejercen sólo en contadas ocasiones).

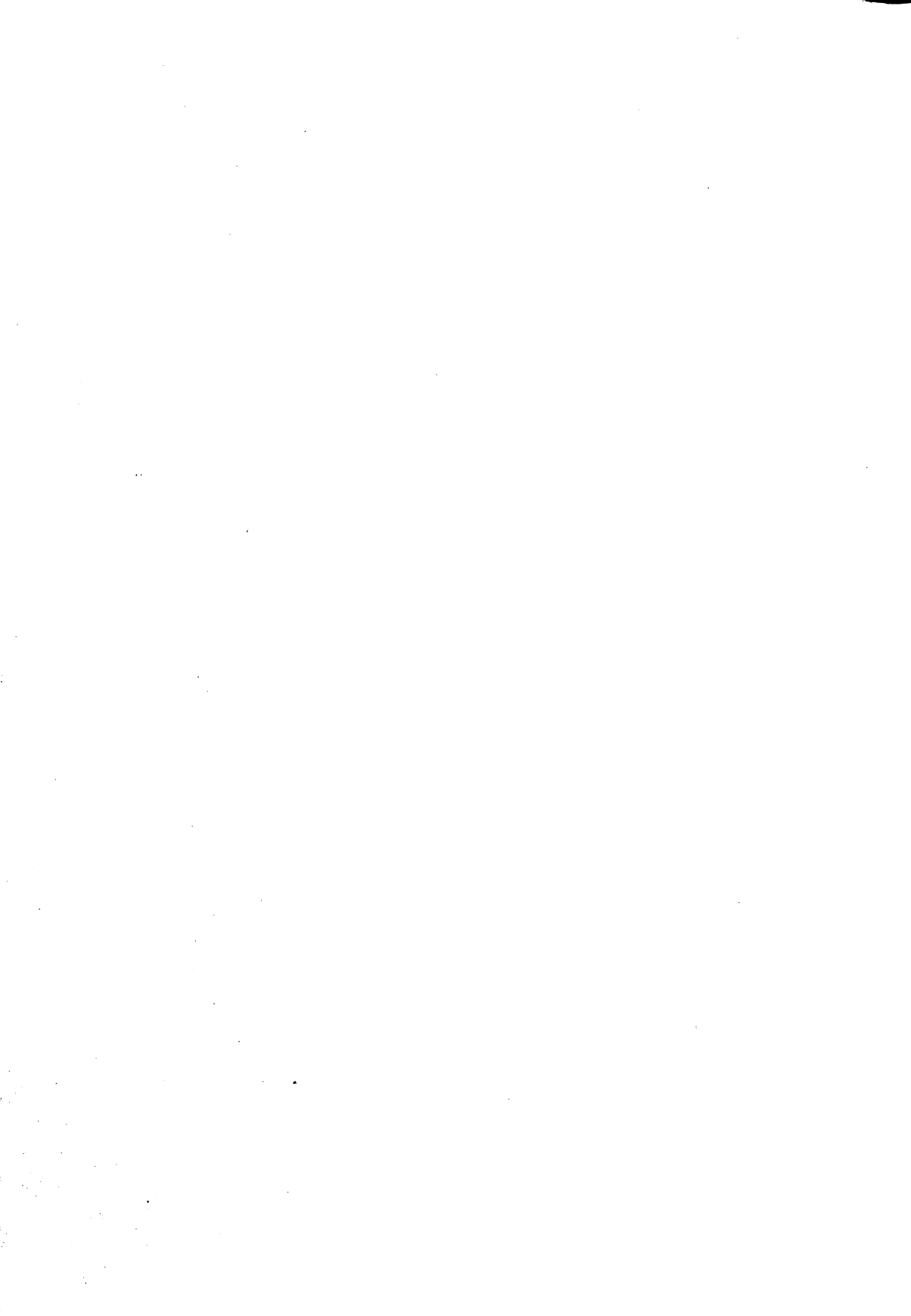
⁽²⁴⁾ Como bien sabemos, las más modernas posturas dentro de las Ciencias Jurídicas resaltan el papel del Derecho Penal como la última alternativa a la cual acudir cuando se ha puesto en entredicho la

agresor o agresores de la intimidad de las señoritas Vásquez y Adaro, pues dependiendo de los cargos que éstas interpongan en contra de Magaly Medina y su equipo de producción y, sobre todo, de si se comprueba que la conducta que se les imputa es realmente cierta, podría eventualmente generarse una situación en la cual si bien se reconozca haber incurrido en una acción antijurídica, ésta se encontraría dentro del supuesto eximente de pena habitualmente conocido con el nombre de Exceptio Veritatis^(*). Todo lo expuesto parece pues poner en entre dicho la idoneidad de los instrumentos procesales penales propuestos para resarcir a las denunciadas del perjuicio, o por lo menos, exigir un tremendo cuidado en su uso y el establecimiento de sus alcances.

Es en este contexto en el cual se hace conveniente efectuar algún análisis sobre la conveniencia de, ante un caso como el que venimos analizando, iniciar un proceso civil destinado a obtener una indemnización frente a aquello que podríamos considerar como responsabilidad civil extracontractual, el cual prima facie parece ser más interesante y menos riesgoso de plantear para todo aquel que considere violentado su derecho a la intimidad. Sin embargo, no deja para nosotros de ser preocupante que dicho mecanismo procesal pueda en los hechos resultar más atractivo para la tutela de un derecho fundamental como la intimidad que el proceso constitucional específicamente previsto para cumplir dicho rol, tema que sin duda requiere un mayor y más detallado análisis, análisis que efectuaremos en próximos trabajos.

plena vigencia de un derecho fundamental (la alternativa restrictiva de la libertad o -en términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la alternativa más gravosa al pleno ejercicio de los diversos derechos fundamentales- es la última a la cual debe recurrirse dentro de cualquier ordenamiento jurídico). Además, y cuando se acuda a los mecanismos de índole penal, la finalidad de los mismos no debiera ser la de una suerte de castigo o venganza social frente a quien ha delinquido. Siendo ésta la perspectiva hoy considerada como más conveniente sobre el particular, y aun cuando seguramente éste no sería el razonamiento a seguir por un abogado litigante, el recurrir al escenario penal como la primera alternativa a desarrollar no debiera -por lo menos en términos constitucionales- constituirse en la opción más aconsejable.

(*) Cabe aquí anotar que justo en el momento en el cual se procedía a la impresión del presente trabajo, algunos diarios limeños dieron a conocer que la Fiscal de Turno del Distrito Judicial de la Capital de la República había rechazado la denuncia interpuesta por la señorita Vásquez, y que el argumento denegatorio al parecer habría sido el de la Exceptio Veritatis. Los riesgos que acarrearía la estrategia asumida sobre el particular parecen entonces comenzar a materializarse.



CRITICA JURISPRUDENCIAL



LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Jorge M. Meléndez Sáenz

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Precisiones terminológicas: a) Garantías de la administración de justicia, b) garantías constitucionales, c) principios constitucionales; 3. El principio de dignidad de la persona humana como fuente de los principios constitucionales del proceso penal; 4. Vigencia y jerarquía normativa de los principios contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y los que se derivan de la cláusula de derechos no enumerados; 5. Afirmación de los principios constitucionales del proceso penal en las sentencias de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales expedidas por el Tribunal Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución peruana de 1993¹ ha acogido en su normativa importantes preceptos de naturaleza procesal penal, cuya aplicación directa ha sido encomendada a la judicatura especializada en lo penal². En efecto, la actual Carta Política ha establecido en su artículo 139^o, con el nombre de principios y derechos de la función jurisdiccional, “una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento)”³.

El reconocimiento de esta serie de principios y derechos rectores de incidencia procesal proclamados en el artículo 139^o de la Constitución es producto del llamado fenómeno de constitucionalización del proceso⁴, cuya noción basilar puede enunciarse como el reconocimiento constitucional de derechos de orden judicial y procesal que permiten la adecuada tutela de los justiciables.

¹ Entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993, siendo la duodécima Constitución en la historia de la República peruana.

² El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS (02-JUN-93), asigna competencia a estos órganos jurisdiccionales especializados en los artículos 34^o, 41^o, y 50^o.

³ SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*.- Lima, Editorial Grijley, V. I.- p.50.

⁴ Cfr. PICO I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*.- Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.- pp. 17-35; Id. *El sistema español de garantías constitucionales del proceso*. EN: Revista Peruana de Derecho Procesal.- Lima, 1999, N° 3.- pp. 265-277; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal en el Estado de Derecho (Diez estudios doctrinales)*.- Lima, Palestra Editores, primera edición, 1999.- pp. 13-25; Id. *El proceso penal español para no juristas*.- Valencia, tirant lo blanch, 1993.- pp. 53-63; SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*.- Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.- pp. 189-194; RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1993.- pp. 3-38; TIEDEMANN, Klaus: *La constitucionalización de la materia penal en Alemania*. EN: *Anuario de Derecho Penal*.- Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1994.- pp. 59-62.

La historia constitucional peruana registra este suceso señalando como referente primigenio a la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el Rey Fernando VII, para España y sus dominios de ultramar, conocida como Constitución de Cádiz o Gaditana⁵. Este reconocimiento al máximo nivel constitucional de las pautas mínimas que todo proceso jurisdiccional debe cumplir tuvo también configuración en cada una de nuestras Constituciones históricas⁶, alcanzando su plenitud hasta la consagración de la Constitución Política de 1979.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

La derogada Constitución peruana de 1979 mantuvo en su artículo 233^o una semántica muy singular al denominar como “garantías de la administración de justicia” a la temática que el legislador constituyente de la Carta Política de 1993 convino en nominar, en el artículo 139^o como “principios y derechos de la

⁵ En la historia del constitucionalismo peruano “la inclusión de la Constitución de 1812 se justifica como una Constitución nuestra, por haber sido discutida artículo por artículo y votada por diputados peruanos de la talla de Morales Duárez, de Blas Ostolaza —de controvertida actuación en la península hasta su fusilamiento en Valencia—, de Ramón Feliú, y por haber sido jurada y promulgada en Lima y en todos los pueblos del Perú, con todas las formalidades de la época, incluso haberse efectuado elecciones municipales y nombramiento de autoridades conforme a ella” (UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: *Historia de las constituciones del Perú*.- Lima, Editorial Andina, 1978.- 642 pp.)

⁶ El destacado constitucionalista Domingo García Belaúnde en el prólogo de su obra *Las Constituciones del Perú* (Lima, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1992), consigna “XXIV momentos constitucionales”, de los cuales, opina, que sólo once deben ser consideradas como constituciones —reconociendo que conjuntamente con estos textos constitucionales hay otros que hacen las veces de tales o complementan la Constitución— siendo la de los siguientes años: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1980.

Las normas procesales constitucionales reconocidas en estos textos fundamentales —muchas veces con carácter reiterativo—, han sido principalmente las siguientes: No se conocen más que tres instancias en los juicios; queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El Código Criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente lo merezcan; ninguna pena infama a otro individuo, que al que lo mereció por aplicación de la ley; dentro de las 24 horas se le hará saber a todo individuo, la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual; en las causas criminales el juzgamiento será público: reconocido el hecho y declarado por Jurados (cuando se establezcan), y la ley aplicada por los jueces; no se usará jamás del tormento, ni se exigirá confesión del reo; la justicia se administra en nombre de la República; se prohíbe todo juicio por comisión; ningún Tribunal o Juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales que designa la ley; ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes en otro juzgado, sustanciarlas, ni hacer revivir procesos concluidos; la justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el ejército, a no ser el caso de guerra nacional; nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa o inequívoca como infracciones punibles, ni juzgados sino por los tribunales que la ley establezca; las sentencias serán motivadas expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen; el Estado indemnizará a las víctimas de los errores judiciales en materia criminal previo al juicio de revisión en la forma que determine la ley.

función jurisdiccional⁷". En efecto, tradicionalmente se suele hablar de principios para referirse a estas máximas fundamentales que deben inspirar el proceso⁸.

Cabe precisar, que los constitucionalistas, con alguna razón, han distinguido el significado de garantías, derechos y principios⁹. Y esto es aceptable, por cuanto, siendo el lenguaje la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres, no siempre, empero, esa herramienta funciona bien. Una comunicación lingüística puede resultar frustrada: el destinatario de ella puede sentirse perplejo ante el alcance de las expresiones que ha escuchado o leído¹⁰. Por ello, a fin de evitar imprecisiones terminológicas, y sólo con relación a nuestro tema, con las palabras de versados constitucionalistas, desarrollaremos el significado de lo que denominaremos sintagmas¹¹ constitucionales:

a) Garantías de la administración de justicia

Las llamadas "garantías de la administración de justicia", constituyen en realidad, un concepto arcaico y vacío de contenido, que significa un haz de disposiciones, tanto procesales como sustantivas, en torno al buen funcionamiento del aparato jurisdiccional. Nuestra Constitución –de 1979- las conserva todavía en su artículo 233⁹ (enlazado con su antecedente, el artículo 232⁹ así como el inciso 20) del artículo 2⁹), y en ella incluye de todo. En realidad lo que propiamente debería incluirse dentro de este pomposo título serían tan sólo lo que podemos denominar como "derechos humanos del procesado o enjuiciado".

⁷ Son principios porque regulan la conducta de todos aquellos involucrados: partes de un proceso, magistrados involucrados, fiscales, abogados, medios de comunicación, otros poderes del Estado en la medida que tengan que ver con un proceso, etc. Nadie puede dejar de obedecerlos y, en este sentido, son normas de orden público, con todas las consecuencias que ello tiene en el Derecho. De otro lado son derechos. Si bien la Constitución no establece derechos de quien, se debe entender que lo son de las personas que tienen que ver con la administración de justicia como parte interesada. En este sentido, pueden ser invocados mediante las garantías constitucionales establecidas. A ello debemos entender que se refiere, entre otros al artículo 3^o de la Constitución cuando dice que "La enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que la Constitución garantiza (...)" . (RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999, primera edición.- p. 28).

⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal*. Tercera lectura...Op. Cit. p. 7.

⁹ Ver: ORTECHO VILLENA, Víctor Julio: *Derechos y garantías constitucionales*.- Trujillo, Marsol Perú Editores, 1989.- pp. 270-295; SAGÜES, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*.- Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo I, 1993.- pp. 1-3.; BIDART CAMPOS, Germán J: *Manual de derecho constitucional*.- Buenos Aires, EDIAR, 1985.- pp. 193-205; ROMERO, César Enrique: *Derecho constitucional (Realidad política y ordenamiento jurídico)*.- Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía Editor, tomo II, 1976.- pp. 9-24; MAIER, Julio B. J: *Derecho procesal penal*.- Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 1996, T. II.- pp. 236-237; PALOMINO MANCHEGO, José: *Temas de derecho constitucional (La incertidumbre terminológica)*. EN: *Academia de la Magistratura. Proyecto de Autocapacitación Asistida "Redes de Unidades Académicas Judiciales y Fiscales"*. Educación a Distancia, Lima, 2000.- pp. 47-51.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*.- Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, cuarta edición, 1990.- p. 17.

¹¹ "Para la escuela del célebre lingüista Ferdinand de Saussure, son los sintagmas las

Entonces, si bien se las califica como “garantías de la administración de justicia”, en rigor, no lo son; se trata de características del procedimiento judicial, normas de organización por un lado; y, por otro, derechos de aquellas personas que son procesadas. La idea de la Constitución, es que el aparato jurisdiccional se ofrezca con determinadas características que dan a los jueces independencia en el ejercicio de sus funciones. De otra parte, como ello implica un procedimiento, en el cual van a estar involucrados los ciudadanos, es menester que estos gocen de determinados derechos, con el objeto de ser bien tratados en el proceso que se les va a seguir¹².

Han sido llamadas también “garantías judiciales”, y, por ellas debemos entender al conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura también favorecen la situación de los justiciables¹³.

b) Garantías Constitucionales¹⁴.

Las “garantías constitucionales”, no son otra cosa que los medios o instrumentos procesales que permiten una defensa expeditiva y especial de

combinaciones de elementos que se alinean unos tras otros en la cadena del habla, que dicha escuela considera como una línea. Los sintagmas componen, pues, siempre de dos o más unidades consecutivas, por ejemplo: ‘re-leer’, ‘contra todos’, ‘la vida humana’, ‘Dios es bueno’, ‘si hace buen tiempo saldremos’, etc. De esto se desprende que la noción de sintagma no sólo se aplica a las palabras, sino también a los grupos de las mismas, a las unidades complejas de toda dimensión y de toda especie (palabras compuestas, derivadas, miembros de oración o unidades enteras). En resumen, llamamos sintagma, a un conjunto de palabras que, influyéndose mutuamente constituyen un todo significante” (MARTÍNEZ AMADOR, Emilio: *Diccionario gramatical y de dudas del idioma*.- Barcelona, Editorial Ramón Sopena S.A.- p. 1348.). Por su parte, la vigésima primera edición del Diccionario de la Real Academia Española registra a sintagma como: m. Ling. Grupo de elementos lingüísticos que, en una oración, funciona como una unidad.

¹² GARCÍA BELAÜNDE, Domingo: El amparo contra resoluciones judiciales. EN: *Lecturas Sobre Temas Constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, N° 6, 1990.- p. 72. Id. *Esquema de la Constitución*.- Lima, Ediciones Justo Valenzuela S.R.L., 1992.- p. 138.

¹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor: La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. EN: *IUS ET VERITAS*, revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Año V, N° 8, 1994.- p. 97.

¹⁴ “Por herencia secular francesa, en el Perú se habló siempre de ‘garantías constitucionales’ en el sentido distinto que hoy empleamos. Primero fueron las garantías individuales, luego las nacionales y ya entrado el siglo XX, las llamadas sociales. En la actualidad, sin embargo, existe un consenso doctrinario, que se traduce incluso en los principales textos constitucionales de Occidente, en considerar lo que antes se denominaba ‘garantías’ como ‘derechos de las personas’, ‘derechos fundamentales’, o simplemente ‘derechos humanos’ (en Francia, y en algunos países por ella influidos, todavía se utiliza la nomenclatura clásica y hoy totalmente inadecuada, de ‘libertades públicas’). En fin, lo cierto es que lo que antes se denominaba garantías, hoy son conocidas como derechos, esto es, derechos de la persona consagrados en la Constitución del Estado.

Como consecuencia de esta evolución, las garantías han pasado a ser parte del arsenal en donde siempre debieran estar: el ámbito del proceso; es decir, de la defensa y protección jurídica de los derechos. En efecto, como bien señaló en su momento Sánchez Viamonte, una ‘garantía’

los derechos de jerarquía constitucional. Estas acciones de garantía son distintas y no deben confundirse con los derechos constitucionales¹⁵. En otras palabras, las garantías son institutos de protección o defensa constitucional destinados para el resguardo procesal de la Constitución¹⁶.

Las garantías constitucionales se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con el objeto de restaurarlo. Deben considerarse como instrumentos que en su mayor parte tienen naturaleza procesal, con funciones de carácter reparador. Y no deben ser entendidas en el concepto tradicional que identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino, como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder¹⁷.

Usando un símil, puede decirse que las garantías constitucionales son una especie de remedios procesales que curan males patológicos. Un remedio procesal: el hábeas corpus. Un remedio procesal: el amparo. Un mal patológico: la detención arbitraria. Un mal patológico: el desconocimiento del derecho de propiedad. Entonces, cuando existen males patológicos entran a funcionar los procesos o garantías constitucionales, o garantías jurisdiccionales¹⁸.

como la libertad de prensa, que a su vez necesitase de ser 'garantizada' por otro medio jurídico, no es en el fondo 'garantía'. Garantía que nada garantiza, no merece tal nombre, por lo menos a nivel jurídico. Por otro lado, todo esto encaja, como decíamos, con los avances procesales en el ámbito constitucional, que son por lo demás bastante recientes (por lo menos en sus planteos teóricos, formulados en nuestra América por Eduardo J. Couture, y más recientemente, por HÉCTOR FIX-ZAMUDIO). En consecuencia, la garantía así concebida, en su sentido restringido, moderno, técnico y práctico, está limitada a las figuras o instituciones de estricto carácter procesal que sirve para la defensa inmediata de determinados valores o principios que el texto constitucional consagra (...) a los que la Constitución otorga su máxima importancia, por ser de carácter o naturaleza estrictamente constitucional, y adicionalmente les establece los medios procesales adecuados, (aún cuando de diverso alcance y calibre), estamos, en estos casos, ante verdaderas garantías constitucionales, o sea, procesos específicos (como en el ámbito civil lo pueden ser el juicio de alimentos, de deslinde u otro similar)". (GARCÍA BELAÜNDE, Domingo: *La Constitución en el péndulo*. -Notas sobre las garantías constitucionales en el Perú.- Arequipa, Editorial UNSA, 1996.- pp. 141-142).

¹⁵ ORBEGOZO V. Sigifredo. Acotaciones al debate sobre derechos y garantías constitucionales. EN: *Doctrina Constitucional*.- Trujillo, AA.VV. Instituto de Divulgación y estudios Jurídicos Constitucionales (INDEJUC), Editorial Libertad E.I.R.L., 1992.- p. 132.

¹⁶ SÁENZ DÁVALOS, Luis: La garantías constitucionales (texto inédito de la clase magistral dictada en la Academia de la Magistratura del Perú, 1999).

¹⁷ Ver: FIX-ZAMUDIO, Héctor: Introducción al derecho procesal constitucional. EN: *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (Edición oficial del Tribunal Constitucional), Lima, octubre, 1999, Nº 1.- p. 44. Id. Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano. EN: AA.VV. *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Domingo García Belaúnde)*.- Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Editora Jurídica Grijley, 1997.- p. 259.

¹⁸ PALOMINO MANCHEGO, José: ¿Qué se entiende por derechos humanos? (Texto de la conferencia dictada el día sábado 13 de diciembre de 1997 en los ambientes del "Instituto del Ciudadano", en la ciudad de Trujillo), en *Revista Jurídica del Perú*.- Trujillo, enero-marzo, 1998, Año XLVIII, Nº 14.- p. 199.

En suma, si los derechos importan facultades o atribuciones, las garantías significan herramientas o medios para efectivizar los derechos¹⁹. No constituyen otra cosa que los mecanismos de protección de los derechos de las personas²⁰.

c) Principios Constitucionales.

Los principios constitucionales se configuran como la expresión jurídica del conjunto de valoraciones sociales que el Poder Constituyente recoge del sentimiento popular y que proyecta como primordiales y básicos para toda la vida colectiva. No se trata por lo mismo, de simples enunciados o de retóricas ideas, sino de verdaderos núcleos de valoración material y con alcance general. Es en este sentido que sirven de soporte o matriz tanto vertebradora o fundamentadora del texto constitucional, lo que en buena cuenta significa, que no sólo permiten articular o dotar de coherencia a la totalidad de disposiciones o institutos constitucionales, sino que decididamente presiden cualquier proceso u operación hermenéutica²¹.

Los principios en cuestión reciben en su tratamiento diversas denominaciones, tales como principios políticos, principios de orden político (o jurídico-político), principios de la Constitución, principios del régimen político, principios de la constitución material, principios institucionales fundamentales, principios constitucionales, principios del derecho constitucional, principios supremos de la Constitución, principios constitucionales axiales, principios jurídico constitucionales; por último, principios fundamentales. No obstante esta pluralidad de nomenclaturas, la pretensión común de ellas es de denotar en forma específica los principios de aquel sector del sistema jurídico que versa sobre la materia constitucional, es decir, del derecho constitucional²².

No obstante lo expuesto, puede señalarse que al lado de estas normas cardinales definitorias que construyen la “identidad del sistema constitucional²³”,

¹⁹ SAGÜES, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*.- Buenos Aires, Editorial Astrea, T. 2, 1993.- p. 3.

²⁰ QUISPE CORREA, Alfredo: *Temas constitucionales*.- Lima, Editora Gráfica Cisneros, 1995.- p. 32.

²¹ SÁENZ DÁVALOS, Luis: Los límites materiales de una reforma constitucional. EN: *El Jurista*. Revista Peruana de Derecho.- Lima, Año II, N° 5, abril 1992.- p. 83.

²² MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*.- Lima, primera edición, 2000.- p.32. El autor prefiere utilizar la denominación de principios fundamentales para diferenciarlos de otros de entidad no tan fundamental pero de igual nivel constitucional. Entre los primeros, por ejemplo, ubica al de supremacía constitucional y el de separación de poderes, entre los segundos, cita a título de ejemplo, el de legalidad, inamovilidad de los jueces, libertad de trabajo e inviolabilidad de la propiedad. De otra parte, identifica como principios fundamentales del sistema constitucional peruano, a los siguientes: A) Principio de soberanía popular, B) Principio de separación de poderes, C) Principio de Estado de Derecho, D) Principio de dignidad de la persona, E) Principio del Estado Social y Democrático, F) Principio de supremacía constitucional.

²³ Ver. GARCÍA TOMA, Víctor: Valores, fines y principios constitucionales. EN: *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (Edición Oficial del Tribunal Constitucional), N° 1, Lima, primera edición, octubre 1999.- p. 620.

se acepta la existencia de principios específicos medulares de otras disciplinas jurídicas (derecho procesal, derecho civil, derecho penal, derecho laboral y otras), que -como señaláramos inicialmente- han sido “constitucionalizados” o insertados en las Cartas Políticas.

Siendo así, la recepción de principios constitucionales privativos del derecho procesal penal en la Constitución peruana de 1993, supone la fijación de pautas mínimas que todo proceso jurisdiccional debe cumplir, pero con arreglo, inescindible, a las exigencias que imponen los principios constitucionales fundamentales, por ejemplo, los principios constitucionales del Estado de Derecho, de la Dignidad de la Persona o de la Supremacía de la Constitución.

3. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO FUENTE DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL.

El artículo 1º de la Constitución de 1993 establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado. De ahí deriva, por lo menos para el proceso penal, que éste está supeditado al cumplimiento de un “*minimum invulnerable*”²⁴ de condiciones que resguarden de un tratamiento discriminatorio y perjudicial a las personas sometidas a la justicia penal.

Por ello, aquel que entre en el sistema penal como sujeto a la aplicación directa de las normas, en cualquier estado del proceso: procesado, condenado, absuelto, prisionero, sigue siendo un ser humano con dignidad²⁵.

Ahora bien, un concepto operativo de lo que debe entenderse como dignidad de la persona, es el siguiente: el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales²⁶

Por ello, en un Estado de Derecho liberal, cuya base es la libertad del hombre, el Estado debe respetar la dignidad humana, incluso cuando interviene drásticamente en los derechos del individuo para proteger los intereses de la seguridad generales²⁷. Visto así, la dignidad se proclama como valor absoluto,

²⁴ Ver. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)*. - Lima. Ediciones Jurídicas, 1994. - p. 50.

²⁵ THOMPSON, José: *Garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos*. EN: AA.VV. *El Juez y la Defensa de la Democracia*. - San José. Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera edición, 1993. - p. 146.

²⁶ RUIZ MIGUEL, Carlos: *El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el ordenamiento español*. EN: *Revista jurídica del Perú*, Trujillo. Editora Normas Legales, Año XLI. N° 4, 1996. - p. 171.

²⁷ SCHÖNBOHM, Horst LÖSING, Norbert: *“El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania”*. EN: AA.VV. *Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania*. - Caracas. Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA. CPU, 1995. p. 44.

con lo que ello entraña, de que incluso a una persona que se comporte indignamente debe reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra²⁸.

Desde esta perspectiva, entonces, el principio de dignidad de la persona aparece, tal vez no como el único, pero decididamente como el más importante, de los principios morales desde donde es posible explicar y entender la propia justificación de los derechos que la Constitución anida²⁹. Por ello, la recepción del principio de dignidad de la persona en nuestro ordenamiento constitucional constituye una fuente ética del cual dimanar todos los derechos de la persona inclusive aquellos de naturaleza procesal rectores e inspiradores del proceso.

4. VIGENCIA Y JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, Y LOS QUE SE DERIVAN DE LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS.

La Constitución peruana de 1993 optó por eliminar el rango constitucional a los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos, marcando así notoria distinción con la Carta Política de 1979 que sí les otorgaba nivel constitucional³⁰. En efecto, desde el análisis estrictamente positivo, apelando asimismo a la interpretación histórica³¹ para verificar la intención del legislador constituyente de 1993, hallamos una evidente limitación para invocar en nuestro sistema judicial la primacía de los derechos procesales consagrados en tratados internacionales de derechos humanos frente a normas que únicamente tienen jerarquía legal. Obviamente, que resulta incontrovertible la aplicabilidad de dichos Instrumentos Internacionales como normas de jerarquía legal mientras no colisionen con la Constitución, por cuanto de no ser así resultarían operativos los artículos 51º y 138º³², que descartan la aplicación de toda norma incompatible con la Constitución.

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español.

²⁹ CARPIO MARCOS, Edgar: "El significado de la cláusula de los derechos no enumerados", EN: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N° 3, México 2000, p. 25.

³⁰ El tratamiento constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos que la Constitución vigente le dispensa constituye una involución o retroceso para la tutela de los derechos humanos. En este sentido, el constitucionalista Domingo García Belaúnde ha opinado que "es grave haber dejado de lado el carácter constitucional de los tratados de derechos humanos. Todo esto está vinculado con la concepción internacional: se abandona el monismo moderado de la Carta de 1979 y se vuelve al dualismo." (Ver: AA.VV. *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*.- Lima, César Landa y J. Faúndes Editores. University of Warwick y Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial 1996, primera edición.- p. 42).

³¹ Sobre este método de interpretación, Ver: RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*.- Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1985, segunda edición corregida.- pp. 254-257; ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Introducción a la ciencia del Derecho*.- Lima, Tipografía Sesator, novena edición, 1984.- p. 262; PASQUIER, Claude Du: *Introducción al Derecho* (Traducción del francés y notas por Julio Ayasta González).- Lima, Ediciones y Distribuciones Justo Valenzuela V. e.i.r.l., 1983.- p. 113.

³² Constitución Política de 1993:

Ahora bien, no obstante el tratamiento constitucional vigente sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos, ello no es óbice para señalar que sus disposiciones al regular materia constitucional, “tienen por su contenido material un nivel constitucional, es decir de carácter constitucional. Motivo por el cual gozan del rango constitucional por la materia constitucional que abordan. Entonces, en caso de conflicto entre un tratado constitucional y una ley, prima la primera en función del principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el artículo 51º de la Constitución”.³³

“Art. 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

“Art. 138.- (...)En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

³³ LANDA ARROYO, César: El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray. EN: *IUS ET VERITAS*, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Año VI, N° 11, 1995.- p. 177. En este artículo el autor sostiene asimismo, que el tratado sea aprobado mediante una resolución legislativa del Congreso no enerva su naturaleza constitucional. en ese sentido, una ley posterior no puede modificar una resolución legislativa. que sancione un tratado siguiendo el procedimiento para reformar la Constitución, dada la materia constitucional que incorpora. La razón de este principio es contundente, si se le permitiera a los Estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacciones a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmembrado y sus normas se tornarían completamente ineficaces.

³⁴ A continuación enumeramos los principales -pero no únicos- Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que conforme a lo expresado contienen normas de rango constitucional para nuestro país:

- a) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Aprobada por el Perú el 9 de diciembre de 1959, mediante Resolución Legislativa N° 13282.
- b) CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO. Suscrita por el Perú el 11 de diciembre de 1948. Aprobada el 28 de diciembre de 1959, mediante Resolución Legislativa N°13288.
- c) ESTATUTO DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. El Perú lo aprobó el 16 de abril de 1964, mediante Resolución Legislativa N° 15014.
- d) PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. Suscrito por el Perú el 31 de octubre de 1967. Aprobado el 1 de junio de 1983, mediante Resolución Legislativa N° 23608.
- e) CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL. Suscrita por el Perú el 22 de julio de 1966. Aprobada el 21 de setiembre de 1971, mediante Decreto Ley N° 18969.
- f) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER. Aprobada por el Perú el 10 de junio de 1975, mediante Decreto Ley N° 21177.
- g) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977. Aprobado el 28 de marzo de 1978, mediante Decreto Ley N° 22128.
- h) PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977. Ratificado constitucionalmente en virtud de la décima sexta de las disposiciones generales y transitorias de la constitución de 1979. El instrumento de ratificación fue depositado el 3 de octubre de 1980. entró en vigor para el Perú el 3 de enero de 1981.

En este sentido, las disposiciones de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú³⁴ tienen rango constitucional, por ende, la aplicación de dichas normas en nuestro ordenamiento jurídico, en el grado máximo de exigibilidad jurídica –aún aquellas normas que figuran sólo en dichos tratados- resulta factible al formar parte del bloque de constitucionalidad^{35 36}.

i) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977. Aprobado el 28 de marzo de 1978, mediante Decreto Ley N° 22129. Entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.

j) CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA). Suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977. Aprobada el 11 de julio de 1978, mediante Decreto Ley N° 22231. El instrumento de ratificación fue depositado el 12 de julio de 1978, entrando en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978. Ostenta ratificación constitucional en virtud de la decimosexta de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución Política del Perú.

k) CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESION Y EL CASTIGO DEL CRIMEN APARTHEID. Aprobada por el Perú el 5 de setiembre de 1978, mediante decreto Ley N° 22280. El instrumento de adhesión fue depositado el 1 de noviembre de 1978. Entro en vigor para el Perú el 1 de diciembre de 1978.

l) CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Suscrita por el Perú el 29 de mayo de 1985. Aprobada el 12 de mayo de 1988, mediante Resolución Legislativa N° 24815. El instrumento de ratificación fue depositado el 7 de julio de 1988. Entró en vigor para el Perú el 6 de agosto de 1988.

(Ver COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: Principales Instrumentos Internacionales vinculantes para el Perú sobre derechos humanos. EN: Lectura Sobre Temas Constitucionales, Lima, CAJ, N° 2, DIC-1988.- pp. 123-131). Cabe agregar, que La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (del 23 de mayo de 1969), establece el concepto legal de "tratado", en su artículo 2°, literal a), enunciando lo siguiente: "Se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular".

³⁵ Cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se erigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, nos lleva a plantear necesariamente la doctrina del bloque de constitucionalidad, en el cual se insertan, a través de fuentes nacionales e internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución. De esta forma, podemos considerar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales. Dicho bloque de constitucionalidad sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución, desde fuera de ella misma. (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: Dogmática Constitucional.- Talca - Chile. Editorial Universidad de Talca, 1997.- pp. 84-85). Por su parte, el destacado constitucionalista Germán Bidart, anota que por bloque de constitucionalidad puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental. Entre estas normas puede haber tratados internacionales, derecho no escrito (consuetudinario o espontáneo), derecho judicial, etc.(BIDART CAMPOS, Germán: El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.- Buenos Aires. EDIAR, 1995.- p. 264.)

³⁶ Los principios constitucionales conforman otro componente del mencionado bloque, lo que no podía ser de otro modo, si se repara que la Constitución es una norma principal por naturaleza, con un elevado contenido axiológico que subyace en el texto. Ciertamente, dentro de este contexto habrá que entender por tales principios a los que no han sido consagrados constitucionalmente, pero que subyacen a su techo ideológico o que se derivan de la jurisprudencia o de doctrina autorizada. Aun cuando estos principios y valores, implícitos o no expresos, no hallan una remisión directa o reconocimiento específico por parte de la Constitución, ellos conforman el ordenamiento constitucional peruano ya que el artículo 3° de la Constitución reconoce derechos que no se hallan expresamente consagrados constitucionalmente pero que se deriva de los principios como son los de dignidad de la persona, el Estado democrático de derecho, la soberanía

Es dable señalar, también, que aún cuando todos los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos no tengan un equivalente en la Carta Política pueden ser constitucionalizados mediante la cláusula de derechos no enumerados, contenida en el artículo 3º del Texto Fundamental de 1993, el cual enuncia que “la enumeración de los derechos contenidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Quiere ello decir, que en materia de Derechos Fundamentales, la búsqueda no tiene porque limitarse al texto de la Carta Política, sino que los cuatro principios constitucionales abren un marco interpretativo lo suficientemente elástico como para que de él puedan desprenderse nuevos atributos o libertades³⁷. Entonces, queda la rendija de la implícitud para dar entrada a otros derechos que, parificados con los enunciados en normas expresas, tienen que disfrutar del amparo de la Constitución en un mismo nivel jerárquico con los otros y con ella misma³⁸.

5. AFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO³⁹ PENAL EN LAS SENTENCIAS DE HÁBEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES EXPEDIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

popular y la forma republicana de gobierno. (ACOSTA SÁNCHEZ, Francisco Javier: La inconstitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional peruano.- Lima, publicación oficial del Tribunal Constitucional.- p. 30. Conferencia dictada por el Presidente del Tribunal Constitucional del Perú en la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal en la ciudad de Guatemala realizada del 22 al 26 de noviembre de 1999).

³⁷ SÁENZ DÁVALOS, Luis: El dilema de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la nueva Constitución. EN: *Revista Jurídica*. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, Trujillo, N° 134, enero 1996-julio 1999.- pp. 737 y ss.

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán J.: *Teoría general de los derechos humanos*.- México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1989.- p. 359.

³⁹ En cuanto a los principios constitucionales procesales, se sostiene que es materia de estudio que pertenece al Derecho Constitucional Procesal, al respecto el destacado jurista Domingo García Belaúnde afirma lo siguiente: “Desde hace muchos años, Héctor Fix-Zamudio ha sostenido que, al lado del Derecho Procesal Constitucional disciplina procesal que precisamente estudia los mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales existe un Derecho Constitucional Procesal, que no es un simple juego de palabras, sino una realidad tangible, cual es, el análisis de aquellas instituciones procesales que contiene la Constitución del Estado. Esto es así, toda vez que desde fines del siglo XVIII en que aparecen las primeras constituciones, a la actualidad, la mayoría de ellas han ampliado su radio de acción; pues se ha producido el fenómeno que podemos llamar de constitucionalización del orden jurídico, que es una operación intelectual mediante la cual, para dar mayor solidez y fijeza a cada ordenamiento específico, se procede a depurar a las normas básicas o principios de cada área del Derecho, y se las eleva a rango constitucional. Esto es, las actuales constituciones contienen lo que clásicamente se conoce como Derecho Constitucional, pero también otros temas y ha recepcionado diversos principios que no siendo constitucionales strictu sensu, han buscado su constitucionalización. De esta suerte, al lado de la parte dogmática y orgánica que siempre existieron, se ha incorporado principios de Derecho Financiero (aspectos tributarios, de

Hemos señalado que el artículo 139º de la Constitución Política de 1993⁴⁰, contiene un catálogo de principios fundamentales que todo proceso jurisdiccional debe cumplir. Son pautas constitucionales que resultan amplificadas por los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento constitucional.

endeudamiento, crédito, presupuesto), laborales y de seguridad social, penales, civiles, internacionales, mercantiles, etc. Dentro de este elenco, determinadas instituciones básicas del Derecho procesal se han elevado a rango constitucional, tales como el principio del juez natural, de la instancia plural, del debido proceso, etc.” (GARCÍA BELAÜNDE, Domingo: *Derecho procesal Constitucional*.- Trujillo, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Universidad César Vallejo (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Marsol Perú Editores, primera edición, julio 1998.- pp. 16-17). Sobre el Derecho Constitucional Procesal, puede consultarse: SAGÜES, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*: Buenos Aires, Editorial Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, . Tomo I, 1992.- p. 3-5, Id.: Los desafíos del derecho procesal constitucional. EN: *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, Año XV, Nº 3, julio-setiembre 1996.- p. 113; FIX-ZAMUDIO, Héctor (Entrevista): La jurisdicción constitucional y la protección de los derechos humanos. EN: *THEMIS* Revista de Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, 1994, Nº 29.- p. 86. Id.: La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. EN: *IUS ET VERITAS*, Lima, revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V, Nº 8, 1994.- p. 90. Id.: Introducción al derecho procesal constitucional. EN: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Edición Oficial del Tribunal Constitucional, Enmarce e.i.r.l, primera edición, octubre 1999, Nº 1.- pp. 30-42; HITTERS, Juan Carlos: El derecho procesal constitucional. EN: *IUS ET PRAXIS*, Lima, enero-diciembre 1993, Nº 21-22, 1993.- pp. 115-136; ALMAGRO NOSETE, José: *Constitución y proceso*.- Barcelona, Librería Bosch, 1984.- pp. 153-156.

⁴⁰ Constitución Política de 1993:”Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:1.La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.No hay proceso judicial por comisión o delegación.2.La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.4.La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.5.La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.6.La pluralidad de la instancia.7.La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.8.El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.9.El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.10.El principio de no ser penado sin proceso judicial.11.La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.12.El principio de no ser condenado en ausencia.13.La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.14.El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a

Este conjunto de principios procesales de categoría constitucional condicionan todo el ámbito del proceso penal en tanto pueden ser ubicados en una u otra etapa del proceso, y han sido materia de la función interpretativa⁴¹ del Tribunal Constitucional, básicamente a través de acciones de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales⁴².

comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.15.El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.16.El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.17.La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.18.La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.19.La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.20.El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.22.El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

⁴¹ En la importante y difícil misión que explica y legitima a un Tribunal Constitucional, su rol como intérprete último de la Constitución es, quizá, el más importante de sus trabajos. Para el Tribunal Constitucional la interpretación constitucional rara vez será un trabajo de "descubrir" algo preexistente. Lo habitual consistirá en la "construcción" de respuestas constitucionales. Más que un arqueólogo o explorador, el Tribunal será en aquella empresa artífice y creador.(SAGÜES, Néstor Pedro: Tribunal Constitucional e interpretación constitucional. EN: AA.VV: Una mirada a los Tribunales Constitucionales. La experiencias recientes.- Lima, número especial de Lecturas Constitucionales Andinas N° 4. Comisión Andina de Juristas, Konrad -Adenauer- Stiftung, setiembre 1995.- pp. 17-37).

⁴² Sólo a modo de ilustración, conviene señalar desde una perspectiva cuantitativa, que el Tribunal Constitucional desde su instalación ocurrida el 24 de junio de 1996 hasta el 31 de mayo del 2000, recibió 741 acciones de Hábeas Corpus, de los cuales 215 constituyeron demandas contra resoluciones judiciales. cifra que representa el 29% del universo antes señalado. Asimismo, en cuanto a la frecuencia de los derechos invocados en las acciones de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, resulta interesante consignar los derechos que los justiciables han considerado vulnerados a través de resoluciones judiciales, y que en opinión de los demandantes habilitaban la vía del Hábeas Corpus. Así tenemos que de las 215 acciones de Hábeas Corpus se extraen los siguientes :

Derechos invocados	Periodo del 24-jun-99 al 31-may-2000
- Jurisdicción y procedimiento Predeterminado por la ley	8
- Igualdad ante la ley	2
- De defensa	26
- Prisión indebida	19
- Debido proceso	34
- Avocamiento indebido	1
- Ley más favorable	2
- Retroactividad benigna de la ley penal	2
- No dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley	1
- Pluralidad de instancias	1
- Legalidad	2
- Cosa juzgada	1
- Tutela jurisdiccional	4
- Motivación de las resoluciones judiciales	2
- Libertad individual	157

En efecto, ello es así si consideramos que este procedimiento constitucional tuitivo de la libertad individual y los derechos constitucionales conexos “funciona fundamentalmente contra los actos arbitrarios de la autoridad investida de poder⁴³”, previsión establecida por el artículo 200º, inciso 1), de la Constitución⁴⁴ y el artículo 12º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo N° 23506.

En consecuencia, la viabilidad de la acción de Hábeas Corpus contra actos y decisiones no sólo de una autoridad policial o de un particular, sino también contra resoluciones de un juez común o militar, es perfectamente factible, siempre que dichas resoluciones sean contrarias abiertamente a la libertad individual constitucional, que la afectación de la libertad se haya producido o sea inminente, que el daño sea irreparable y se viole el debido proceso del detenido.

Debido a que el Hábeas Corpus cubre no sólo a la libertad individual sino a los derechos conexos a ella, según dispone el artículo 200º, numeral 1 de la Constitución, resulta evidente que la libertad de una persona pueda ser y es

- Libre tránsito	17
- Abuso de autoridad	2
- Correcta administración de justicia	9
- Seguridad e integridad personal	14
- Libertad sexual	1
- Libertad de residencia	1
- Propiedad	1
- Libre ejercicio de la profesión	1
- Honor y patrimonio	6
- Derecho de petición	2

En cuanto al sentido de las resoluciones recaídas en las acciones de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, en el periodo del 24-06-96 al 31-05-2000, se registra lo siguiente:

Improcedente	140 (68,6%)
Infundada	26 (12,7%)
Fundada	16 (7,8%)
Nula	3 (1,5%)
Carece de objeto pronunciarse	19 (9,3%)

Por último, las instancias jurisdiccionales contra las que se interpuso acción de Hábeas Corpus, fueron las siguientes.

Fuero Ordinario	
-Corte Suprema de Justicia de la República	4
-Cortes Superiores	53
-Juzgados de Primera Instancia	132
-Juzgados de Paz Letrado	12
Fuero Privativo	
-Consejo Supremo de Justicia Militar	2
-Organos Colegiados de las Zonas Judiciales	3
-Juzgados privativos	7

⁴³ GARCIA BELAÜNDE, Domingo: El hábeas corpus en el Perú.- Lima, Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.- p.-79.

⁴⁴ Constitución Política de 1993: “Art. 200º: Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos fundamentales conexos. (...)”.

afectada usualmente por resoluciones en los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos fundamentales del debido proceso⁴⁵.

No obstante lo anteriormente sostenido, se debe señalar que las irregularidades cometidas dentro de un proceso regular no habilitan el empleo de esta acción de garantía, conforme a lo establecido en los artículos 6^o, inciso 2) de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo⁴⁶, y el artículo 10^o de la Ley N^o 25398⁴⁷. Resultando, por ende, que sí proceden o sí se habilitan contra aquellas resoluciones emitidas durante el transcurso o secuela de procedimientos irregulares⁴⁸.

En este tema, el Tribunal Constitucional ha sido claro y preciso al señalar que, en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del artículo 6^o de la Ley N^o 23506, que a la letra dispone: "No proceden las acciones de garantía...contra la resolución judicial emanada de un procedimiento regular". Bajo dicho contexto, 'procedimiento regular' –ya lo ha dicho este Tribunal- es aquel en que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es 'procedimiento irregular' aquel en que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan de alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional⁴⁹.

Postura distinta es la que considera que en el tema de la viabilidad o no de la acción de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, "la pregunta que está detrás de todo esto es si una acción constitucional sumaria puede interferir en una acción procesal ordinaria. En principio es difícil pensar que lo que no se obtiene en una larga vía procesal puede obtenerse en una vía procesal muy corta; más aún si pensamos que estas acciones constitucionales breves son instrumentos válidos para enmendar entuertos y que a la larga estamos

⁴⁵ LANDA ARROYO, César: Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993. EN: *IUS ET VERITAS*, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Católica del Perú. Año IX. N^o 18, junio 1999.- p.22.

⁴⁶ Ley de Hábeas Corpus y Amparo N^o 23506: "Art. 6^o: No proceden las acciones de garantía: (...) 2) Contra la resolución judicial o arbitral emanada de un procedimiento regular."

⁴⁷ Ley N^o 25398: "Art. 10: Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2 del artículo 6^o de la Ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las leyes procesales específicas establecen.

No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular".

⁴⁸ SÁENZ DÁVALOS, Luis R.: La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. EN: *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (Edición Oficial del Tribunal Constitucional), Lima, N^o 1, primera edición, octubre 1999.- p. 491.

⁴⁹ STC: EXP. N^o 180-99-AA/TC (16-02-2000).

⁵⁰ GARCÍA BELAÜNDE, Domingo: *El Hábeas Corpus en América Latina*. EN: *IUS ET VERITAS*,

atacando la validez de los códigos procesales y su utilidad. En efecto, si por el Hábeas Corpus obtengo una reparación adecuada y rápida, entonces el Código Procesal Penal no sirve y nadie lo usará; esto ocasionará evidentemente un abuso del instituto y una atrofia del mismo, pues las acciones constitucionales son excepcionales y para casos clamorosos en los cuales generalmente no hay periodo probatorio; distinto a los casos ordinarios en donde en principio caben todo tipo de defensas”⁵⁰.

Subsista o no la controversia antes descrita, un hecho inobjetable es que la Constitución peruana de 1993 caracteriza al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente⁵¹, confiriéndoles tres atribuciones básicas propias de todo Tribunal Constitucional: Control normativo, tutela de derechos y conflictos de competencia⁵². Sin embargo, no obstante esta gama de competencias, la Carta Política vigente no instituyó al Tribunal como intérprete supremo de la Constitución⁵³, empero, esta calificación de supremacía interpretativa puede ser inferida a partir de razones de orden normativo⁵⁴ (por diversas disposiciones

Lima. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V, N° 9, 1994.- p.79.

⁵¹ Constitución Política de 1993: “Art. 201°: El Tribunal Constitucional es el órgano de Control de la Constitución. Es autónomo e independiente. (...)”.

⁵² Constitución Política de 1993: “Art. 202°: Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribución asignadas por la Constitución y la ley.”.

⁵³ Cuando se configura al Tribunal Constitucional como el intérprete supremo de la Constitución, con ello no se quiere decir que dicho órgano del Estado pueda realizar la interpretación de la Constitución en forma “exclusiva y excluyente”, ni tampoco con ello se quiera denotar, que admitiéndose que todos los órganos de justicia de un país pueden y deben interpretar la Constitución, las interpretaciones que sobre ellas puedan realizar estos tribunales de justicia ordinaria no sean válidas o que tal vez no vinculen. Simplemente con ello se quiere enfatizar que corresponde al Tribunal Constitucional realizar, en última instancia, la interpretación de la Constitución, y que dicha interpretación vincula inexorablemente a los demás órganos del Estado. (CARPIO MARCOS, Edgar: Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional.- Lima, 1999.- p. 96. Trabajo inédito de investigación de próxima publicación)

⁵⁴ La solución normativa que permite concluir que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, se basa en lo siguiente:

“a) En primer lugar, el artículo 39° de la LOTC establece la primacía de lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial, al disponer que ‘los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional’ y que ‘los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad’.

b) En segundo lugar, el artículo 48° de la LOTC indica que ‘cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviere pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional’.

c) Y, finalmente, la primera disposición general de la ley, copiada del artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, señala que los jueces y tribunales deberán interpretar y aplicar las normas según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional.

contenidas en su ley orgánica), e institucional⁵⁵ (basado en la naturaleza del Tribunal Constitucional). Por ello resulta razonable que este Alto Tribunal se haya autoproclamado como el “supremo intérprete de la Constitución”⁵⁶.

Es en este status de intérprete supremo de la Constitución en que radica la importancia de las afirmaciones de principio que deja establecidas el Tribunal Constitucional en los diversas sentencias recaídas en los procesos constitucionales de su competencia. Por ello, a continuación relevamos sus más importantes pronunciamientos, referidos a diversos principios constitucionales del proceso penal, dictados en los procesos de Hábeas Corpus incoados contra resoluciones judiciales (periodo del 24-06-96 al 31-05-2000)⁵⁷.

a) Una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinada circunstancias legalmente configuradas.

b) El principio constitucional del procedimiento preestablecido previsto en el artículo 138º, inciso 3) de la Constitución Política del Estado supone la necesidad de observar durante la secuela de todo proceso el conjunto de reglas básicas establecidas imperativamente y de modo previo para que el mismo pueda cumplir su cometido.

c) El derecho constitucional de presunción de inocencia que le asiste a todo procesado determina que el grado de exigencia cautelar en su contra siempre sea el menos gravoso y afflictivo, y que sólo excepcionalmente, y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas puede aplicarse la detención judicial.

De esta manera, si bien no se indica que el tribunal es el interprete supremo, en la práctica ello ha de suceder pues su criterio interpretativo debe imponerse, por lo menos sobre los jueces y tribunales.”.(ABAD YUPANQUI, Samuel: La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993: Antecedentes, balance y perspectivas. EN: AA.VV: Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes.- Lima. Comisión Andina de Juristas, Konrad-Adenauer- Stiftung, setiembre 1995.- pp. 217-218.)

⁵⁵ El argumento de orden institucional está basado en la naturaleza del Tribunal Constitucional en cuanto órgano de control de la constitucionalidad en un Estado constitucional de Derecho. El que sea éste, y no otro órgano, dentro del esquema institucional de nuestro ordenamiento, el encargado del ‘control de la Constitución’ conlleva correlativamente a la supremacía interpretativa sobre el resto de los que componen el sistema constitucional. Debe tenerse en cuenta que esta función de ‘control’ no se puede efectuar sino a través de la interpretación. Y a que el control tiene un titular que es el Tribunal Constitucional, habrá que concluir en que éste tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución.. (ACOSTA SANCHEZ, Francisco Javier: La inconstitucionalidad de las leyes... Op- Cit.- p. 49).

⁵⁶ Cfr. STC: EXP. N° 306-96-HC/TC (27.10.97); EXP. N° 676-97-HC/TC (23.09.98); EXP. N° 871-98-AA/TC (30.05.2000).

⁵⁷ STC: EXP. N° 043-2000-HC/TC (17.05.2000); STC: EXP. N° 1130-99-HC/TC (11.04.2000); STC: EXP. N° 902-99-HC/TC (16.03.2000); STC: EXP. N° 757-99-HC/TC (15.01.2000); STC: EXP. N° 631-98-HC/TC (22.04.99); STC: EXP. N° 098-98-HC/TC (25.11.98); STC: EXP. N° 109-98-HC/TC (29.09.98); STC: EXP. N° 650-99-HC/TC (29.10.99).

d) La medida preventiva privativa de libertad no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos de la investigación judicial, debiendo ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano, como lo establece los artículo 1º y 2º, inciso 24), literal “h” de la Constitución Política del Estado.

e) La dilación del proceso que no le resulta imputable al procesado, no puede afectarle, máxime si el imputado tiene derecho a que su proceso se tramite con celeridad y sin dilaciones indebidas, exigencias que compete cumplir al estado, según se prescribe en el Apartado 14º, inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

f) Una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye el hecho de omitir el cumplimiento obligatorio de normas procesales que disponen la libertad inmediata de un detenido.

g) Queda establecido como afirmación de principio que la justicia judicial es la dominante y la justicia militar la excepcional, y de conformidad con el artículo 173º de la Constitución Política está limitada a los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional del Perú que incurren en delito de función, y en el caso de civiles, sólo por delitos de traición a la patria y terrorismo que determina la ley.

h) La potestad coercitiva de los jueces debe tener inequívocamente su fundamento en la ley, y exhibir razones de proporcionalidad y razonabilidad, lo que obliga a que las órdenes judiciales de restricción de la libertad deben ser debidamente fundamentados, caso contrario se lesiona el referido arbitrio jurisdiccional.

i) Ninguna autoridad debe coonestar la agravación ilegítima de las formas y condiciones en que se cumple la detención de una persona, menos aún fundamentar la detención indebida en razones legales que resulten incompatibles con la Constitución.

j) Si hay un elemento diferenciador entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar, ése no es otro que el de la extensión de esta última, necesariamente restringida, derivado de los propios términos de su reconocimiento y su articulación con el principio de exclusividad judicial previsto en el inciso 1) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, pero no de los términos de su actuación funcional, que de manera particular ha de encontrar en el respeto de los derechos fundamentales, y con especial énfasis, en el debido proceso, uno de sus principales límites.

k) El principio del non bis in idem, que aunque no se encuentre explícitamente enunciado en nuestro ordenamiento constitucional, constituye una garantía inmanente del derecho al debido proceso penal, que se desprende tanto del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, así como su articulación, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, con el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos, en virtud del cual el inculpaado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un mismo proceso por los mismos hechos.

l) La autoridad de cosa juzgada (res iudicata) que, si en primer término

constituye un principio que informa la actuación funcional de los órganos de la jurisdicción, al mismo tiempo se encuentra directamente conectado con el derecho constitucional al debido proceso pues si de un lado, y de conformidad con lo previsto por el inciso 13) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados, tiene los mismos efectos que la cosa juzgada; de otro lado, ello supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia.

m) Las normas disciplinarias que aplican los jueces no deben afectar derechos constitucionales, tales como: el derecho de toda persona a no ser humillada; a la debida motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales; el imperativo constitucional de que las normas sobre sanciones deben estar inequívocamente previstas en la ley.

Por lo expuesto, es de esperar que los operadores jurisdiccionales no deban limitarse a aplicar y ejecutar las normas concretas contenidas en el articulado de la Constitución sino que habrá de ejercerse también estas funciones en base a los principios y valores fundamentales no escritos, pero que resultan implícitos por dimanar de los principios constitucionales cardinales antes mencionados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ANÁLISIS CUANTITATIVO

Daniel Figallo Rivadeneyra

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Alcances del trabajo; 3. Visión general de la carga procesal; 3.1. La herencia; 3.2 Ingresos después de la instalación del TC; 3.3 ingreso consolidado; 3.4 Ingresos por lugar de procedencia; 3.5. Distribución porcentual del ingreso de expedientes al Tribunal Constitucional por tipo de acción; 4. Resolución de expedientes de acción de garantía; 4.1 Resolución de expedientes desde la instalación del Tribunal Constitucional hasta la destitución de tres de sus magistrados; 4.2 Los fallos; 5. Acción de inconstitucionalidad; 5.1 Acciones de inconstitucionalidad desde la instalación del Tribunal Constitucional hasta la destitución de los magistrados; 5.2 Acciones de inconstitucionalidad presentadas luego de la destitución; 6. Limitaciones en el análisis por tipo de acción (excepto la acción de inconstitucionalidad); 7. La acción de amparo; 7.1 Derechos invocados con mayor frecuencia; 7.2 demandados más frecuentes; 8. El hábeas corpus; 9. La acción de cumplimiento; 10. La acción de hábeas data; 11. Reflexiones finales

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se circunscribe a las acciones de garantía que son materia de conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional (TC) de acuerdo a su Ley Orgánica.¹

Existe una clara rivalidad entre el concepto de calidad y de cantidad y muchos críticos del TC expresan que el hecho de que se resuelvan más de mil causas por año no sólo supone falta de calidad en las sentencias, sino que — peor aún— evidencia falta de estudio y de profundización. Sin embargo, responder a esta crítica no es el objetivo del presente trabajo, que se ocupa más bien de recoger las cifras que puedan ser indicativas de la relación existente entre la demanda de justicia constitucional y la respuesta del tribunal a ésta.

El análisis que comprende las acciones de garantía y la acción del Tribunal Constitucional permite observar en forma clara la relación última entre los reclamos por la justicia constitucional y la labor jurisdiccional en este campo del derecho. Es preciso acotar que, a pesar de que existen esfuerzos considerables por realizar este tipo de estudios en el ámbito del Poder Judicial, el universo de información que se maneja a este nivel es muy vasto y los datos no son exactos. Para el presente trabajo la información recogida está circunscrita a la que es materia del Tribunal Constitucional, lo que permite una mayor precisión y rigurosidad en el análisis.

El marco jurídico sobre el cual desarrolla su labor el TC se encuentra en la Constitución Política, la Ley de Hábeas corpus y Amparo y sus modificatorias, la Ley de Hábeas Data, la Ley de Acción de Cumplimiento y sus modificatorias, y la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y sus modificatorias.

¹ Ley 26435 publicada el 10 de enero de 1995

En lo relativo a la legislación procesal constitucional, existen ciertas deficiencias que dificultan notoriamente el acceso a la justicia constitucional, entre ellas: la dispersión, la falta de organicidad y la contradicción entre las normas; los vacíos evidentes frente a contingencias: la falta de disposiciones vinculadas al funcionamiento de los órganos judiciales especializados; la limitada relación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; los sistemas de votación en las sentencias; la ausencia de tratamiento normativo en lo referente al debido proceso administrativo. Estos factores distorsionan la relación entre la sociedad y la justicia constitucional, lo que se expresa en las cifras. Superados éstos, el análisis cuantitativo expresaría de manera realista la relación entre la demanda por justicia constitucional y la labor jurisdiccional.

La fuente de datos para realizar este trabajo es el propio Tribunal Constitucional, específicamente la Oficina de Trámite Documentario y Archivo del Tribunal (OTDA), y el Centro de Documentación e Información Jurisdiccional (CEDIJ). Adicionalmente, se han consultado las publicaciones del Diario Oficial El Peruano. Para la parte del análisis cuantitativo de cada tipo de acción se ha recurrido a la página web del TC (www.tc.gob.pe).

2. ALCANCES DEL TRABAJO

Existen ciertas fechas que se deben tomar como parámetro para realizar el análisis cuantitativo. Las más relevantes son las que detallamos a continuación.

El 6 de abril de 1992 se declaró en reorganización el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Luego del cierre del Congreso, una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno de Emergencia de Reconstrucción Nacional fue declarar en reorganización el TGC.² Los procesos que se encontraban en trámite y requerían de un pronunciamiento definitivo de esta instancia cayeron en un limbo jurídico procesal. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, emitida el 10 de enero de 1995, dispuso el tratamiento que se le debía dar a estos procesos pendientes,³ incorporando una carga procesal heredada al Tribunal Constitucional.

El 24 de junio de 1996 se instaló el Tribunal Constitucional.⁴ El artículo 200 de la Constitución Política del Estado promulgada el 31 diciembre de 1993, dispuso su creación.⁵ Sin embargo, pasaron dos años y medio antes de que, luego de varios fracasos en la búsqueda de consenso, prácticamente todas las bancadas políticas del Congreso de La República se unieran en la designación de los siete magistrados que integrarían el Tribunal.⁶

² Ley 25418 publicada el 7 de abril de 1992.

³ Quinta, sexta y séptima disposiciones transitorias de la Ley 26435.

⁴ Comunicado Oficial 1-96-TC publicado el 25 de junio de 1996.

⁵ Artículo 200° de la Constitución Política del Estado, promulgada el 30 de diciembre de 1993

⁶ El Congreso aprobó la ley 26622 del 14 de junio de 1996 por la cual se adiciona un artículo a la

El 30 de mayo de 1997 el Congreso de la República destituyó a tres de los magistrados del Tribunal Constitucional.⁷ A partir de esa fecha, debido a que no cuenta con el quórum establecido en su ley orgánica,⁸ el Tribunal Constitucional no puede resolver las demandas de inconstitucionalidad. Respecto a las demás acciones de garantía, el Tribunal fue autorizado por la Ley N° 26801 a resolverlas con el voto de cuatro magistrados.⁹

3. VISIÓN GENERAL DE LA CARGA PROCESAL

El 24 de junio de 1996 se instaló el Tribunal Constitucional y en pleno jurisdiccional se eligió como presidente al Dr. Ricardo Nugent y como vicepresidente, al Dr. Francisco Javier Acosta Sánchez. La primera tarea del Pleno era lograr los recursos económicos y humanos para iniciar la labor que se le había encomendado. No fue fácil pero, luego de más de dos meses de pedidos y exigencias enérgicas expresadas por el Presidente al Ejecutivo se emitió el Decreto de Urgencia N° 61-96 el 6 de setiembre de 1996.¹⁰

3.1. La herencia

La labor jurisdiccional que le esperaba al TC desde el primer momento no fue poca ya que en atención a lo dispuesto en su ley orgánica debía resolver los expedientes que heredó del TGC más aquéllos que esperaron su instalación.

La Ley Orgánica del Tribunal (Ley N° 26435), en su quinta, sexta y séptima disposiciones transitorias dispuso lo siguiente:

“**Quinta.**- El Tribunal Constitucional conoce, como instancia de fallo, las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo que hubieran sido elevadas al Tribunal de Garantías Constitucionales en vía de casación y que se encuentren pendientes de resolución”.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permitiendo la convocatoria por invitación para elegir a los magistrados. Esta fue la salida al entrapamiento originado por la falta de consenso. La designación de los primeros magistrados del TC se materializó en la Resolución 1-96-CR del 20 de junio de 1996

⁷ Resoluciones del Congreso Nos 02-97-CR, 03-97-CR y 04-97-CR del 27 de mayo de 1996, mediante las cuales se dispuso la destitución de los Dres Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano

⁸ Artículo 4° de la Ley 26435.

⁹ La Ley N° 26801 incorpora la décima primera disposición transitoria a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Artículo Único.- Incorporase a la Ley N° 26435 la siguiente Disposición Transitoria: “Mientras se cubran los cargos vacantes del Tribunal Constitucional, el quórum para las acciones a que se refieren los incisos 2) y 3) del Artículo 202 de la Constitución Política del Perú, será de cuatro de sus miembros siempre será necesario que haya quórum para que se emita una Resolución.”

¹⁰ El decreto de Urgencia 61-96 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 10 de setiembre de 1996 y autorizó el programa de retiros voluntarios, dio normas sobre contratación de personal y dispuso transferencias de partidas presupuestales al TC.

Sexta.- Las resoluciones favorables a la parte demandante recaídas en los procesos de amparo en que el Estado es parte, y que estuviesen pendientes de casación por el Tribunal de Garantías Constitucionales, se consideran firmes y ejecutables. Para tal efecto se remiten a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, para que disponga su ejecución con arreglo a ley.

Sétima.- Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad que se hubieran promovido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales no resueltos, quedan sin efecto y se archivan.”

Así, las acciones de inconstitucionalidad que habían quedado pendientes fueron archivadas en atención a la séptima disposición final de la Ley antes mencionada por lo que el TC no heredó ninguna. Las demás acciones de garantía si constituyeron una herencia pesada pues sumaron 1,231 expedientes (ver cuadro N° 1). Esta carga procesal, como veremos más adelante, demandó un esfuerzo considerable para ser atendida junto con los expedientes que ingresan diariamente al Tribunal.

Cuadro N° 1
Expedientes ingresados al Tribunal constitucional
Periodo: antes de su instalación (24 de junio de 1996)

Acción de garantía	Cantidad
Amparo	1066
Hábeas corpus	154
Cumplimiento	9
Hábeas data	2
Inconstitucionalidad	0
Total	1231

Fuente: Oficina de Trámite Documentario del Tribunal Constitucional

Elaboración: propia

Respecto de estas acciones —y de cómo se fueron acumulando desde 1992— existe un dato muy revelador que proviene del análisis de los expedientes acumulados por años hasta la instalación del TC: sólo 7 expedientes ingresaron en 1994. Este dato expresa la inexistencia de una normatividad procesal para los expedientes resueltos por instancias como las cortes superiores y la Corte Suprema en materia de acciones de garantía, lo que generó una suerte de limbo jurídico. Más concretamente, al desaparecer el TGC, el recurso de casación se hizo inviable y al nacer el TC sin la existencia de la normatividad que permitiera el acceso a esta instancia establecida en la Constitución Política¹¹,

¹¹ El Artículo 202° de la Constitución Política precisa las atribuciones del Tribunal Constitucional siendo estas las de conocer: 1. En instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. En última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento. 3. Los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Cuadro N° 2
Cantidad de expedientes pendientes de resolver
ingresados al TC antes de su instalación*
(Por año)

Año	Cantidad
1992	316
1993	392
1994	7
1995	264
1996*	252
Total	1231

* para el año 1996 se consideran los ingresados antes del 24 de junio de ese año

Fuente: Oficina de Trámite Documentario
del Tribunal Constitucional

Elaboración: el autor

se imposibilitó su acceso. Hacia donde se derivó esta urgencia, o cómo quedaron las pretensiones esperanzadas es motivo de otro estudio vinculado con la acción del Poder Judicial sobre el tema.

El 10 de enero de 1995 se dictó la Ley N° 26435 (Ley Orgánica), la cual estableció el recurso extraordinario que permite el acceso al Tribunal Constitucional llenando este vacío jurídico.

Dice dicho artículo:

“Artículo 41. - El Tribunal Constitucional conoce el recurso extraordinario que se interponga en última y definitiva instancia contra las resoluciones de la Corte Suprema o de la instancia que la ley establezca, denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. Pueden interponer el recurso el demandante, el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo.”

El cuadro N° 2 permite también apreciar otro hecho interesante: en el año 1996, los expedientes ingresados hasta el 24 de junio sumaron 252. Al final de ese mismo año el total de expedientes de acciones de garantía ingresados al TC fue de 1,052, constituyendo una cifra sin precedentes. Este incremento se mantendría durante los años siguientes. Los datos aquí expuestos refuerzan la tesis de que la constatación de que el TC estaba finalmente operativo generó gran expectativa respecto de la resolución de las acciones de garantía.

3.2. Ingresos desde la instalación del Tribunal Constitucional

Al momento de instalarse, el TC comenzó a recibir los expedientes que por denegatoria de acciones de garantía se elevan en atención a la interposición de recurso extraordinario.

Desde el 24 de junio de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1999 ingresaron un total de 4,529 expedientes de acciones de garantía. Mientras duró el TGC

nunca se llegó a una cifra ni siquiera cercana. El incremento encuentra una explicación sencilla: el reemplazo de la instancia de casación por una de fallo motivó el acceso a la jurisdicción constitucional.

Existe una variable que resulta gravitante en el ingreso de expedientes al TC y es la aplicación de ciertas medidas políticas, sociales y económicas por parte del gobierno. La importancia de dicha variable se deriva de la estrecha relación que existe entre la demanda de acciones de garantía y las políticas ejecutadas por el gobierno. En el caso peruano, algunas medidas legales aplicadas en los ámbitos político, social y económico —como las destinadas a reestructurar el Estado y administrar la pobreza— trajeron como consecuencia la interposición de numerosas demandas de acciones de garantía. Dos ejemplos concretos son la aplicación de la Ley 26093 que establece la excedencia como causal de cese del trabajador incorporado a la carrera administrativa y las normas relativas a los regímenes previsionales. Estos dos casos tocan fibras muy sensibles en la comunidad: el trabajo y la pensión.

Por otra parte, un hecho que influyó evidentemente en el ingreso de acciones de inconstitucionalidad fue la destitución de los tres magistrados del TC. La explicación es que dicha destitución frustró el ejercicio de la facultad del TC para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad,¹² pues —según artículo 4º de la ley orgánica del TC— para declarar la admisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad y para emitir resolución sobre el fondo de la misma, es obligatorio el quórum de seis magistrados. Por otra parte, fue tan corto el lapso durante el cual el TC funcionó ejerciendo todas sus atribuciones, que no es posible determinar a partir de los datos en qué medida la destitución de los magistrados afectó el ingreso de demandas distintas a las de inconstitucionalidad.

En el cuadro Nº 3 se puede apreciar que la carga procesal ingresada a partir de la instalación del TC fue de 3,735 expedientes. Sólo en 1997 el número de expedientes ingresados fue mayor que toda la herencia recibida por el TC.

Cuadro Nº 3
Cantidad de expedientes
ingresados a partir de la instalación del TC
(Por año)

Año	Cantidad
1997	1234
1998	1202
1999	1299
Total	3735

Fuente: Oficina de Trámite Documentario
del Tribunal Constitucional

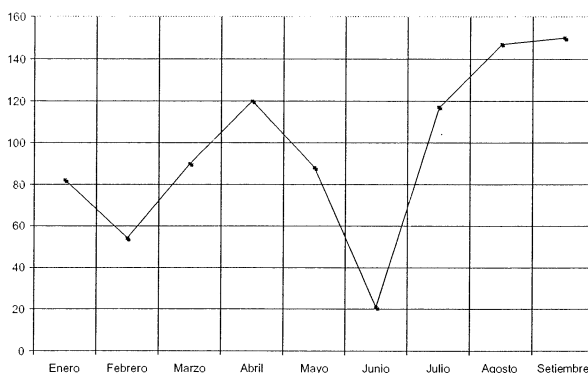
Elaboración: propia

¹² Art. 201 de la Constitución Política del Perú

En el cuadro se observa además que no ha habido variación sustancial entre 1997 y 1999 en el ingreso de expedientes por acciones de garantía.

Es preciso detenernos en el año 1997 para señalar que durante el mes siguiente a la destitución de los magistrados hubo un descenso significativo en el número de expedientes ingresados (88 en mayo, 21 en junio), aunque la tendencia de decaimiento en el ingreso de expedientes se superó rápidamente (117, en julio). Estas variaciones en el ingreso de expedientes pueden observarse claramente en el gráfico N°1. La distorsión registrada en el mes de febrero se debe a que en ese mes está prevista las vacaciones judiciales. Cabe añadir, sin embargo, que la destitución de los Dres. Revoredo, Rey Terry y Aguirre Roca fue simultanea a la Ley N° 26801 que permite la resolución de expedientes de garantía con el quórum de cuatro magistrados.

Gráfico N° 1
Ingreso de expedientes al Tribunal Constitucional
(Periodo: enero-setiembre 1997)



Con relación al tipo de acciones de garantía que ingresaron a partir de la instalación del TC, la mayoría fueron acciones de amparo. En el cuadro N° 3 se puede apreciar, además, que en el año 1996 (que para efectos de la estadística sólo cuenta a partir de junio) ingresaron 24 expedientes de demandas de acción de inconstitucionalidad. Estos datos serán analizados en detalle más adelante.

Cuadro N°.4
Ingreso de acciones de garantía por año
Periodo: luego de la instalación del TC

	1996	1997	1998	1999	Total
Amparo	634	1016	968	1029	3647
Hábeas corpus	124	145	116	160	545
Cumplimiento	16	61	107	100	284
Hábeas data	2	2	5	2	11
Inconstitucionalidad	24	8	4	6	42
TOTAL	800	1232	1200	1297	4529

Fuente: OTDA

Elaboración: propia

3.3. Ingreso consolidado

Si se suman los expedientes por acciones de garantía heredados por el TGC y los ingresados a partir de la instalación del TC, se obtiene que el total, al 31 de diciembre de 1999, es de 5,760.

Cuadro N°.5
Ingreso de acciones de garantía por año
Periodo: del 6 de abril de 1992 al 31 de diciembre de 1999

Tipo de acción/ Periodo	Antes de la Instalación del TC (herencia)	A partir de la Instalación del TC (*)	Total	Relación Porcentual
Amparo	1066	3647	4713	81.82%
Hábeas corpus	154	545	699	12.14%
Cumplimiento	9	284	293	5.09%
Hábeas data	2	11	13	0.23%
Inconstitucionalidad	0	42	42	0.73%
TOTAL	1231	4529	5760	100.00%

(*) Hasta el 31 de diciembre de 1999

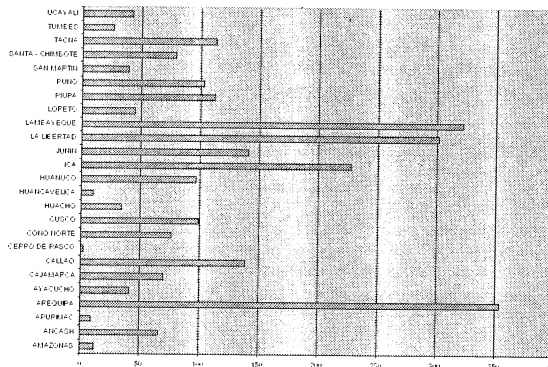
Fuente OTDA/TC

Elaboración: propia

3.4. Ingreso por localidad

La primera variable que afecta el ingreso de expedientes por localidad es la población y la segunda, el centralismo. Lima es el principal tributario de demandas de acciones de garantía, las cuales constituyen el 58.5% del total de ingresos.

Grafico N°2
Expedientes ingresados por localidad al
Tribunal Constitucional
(no incluye Lima)

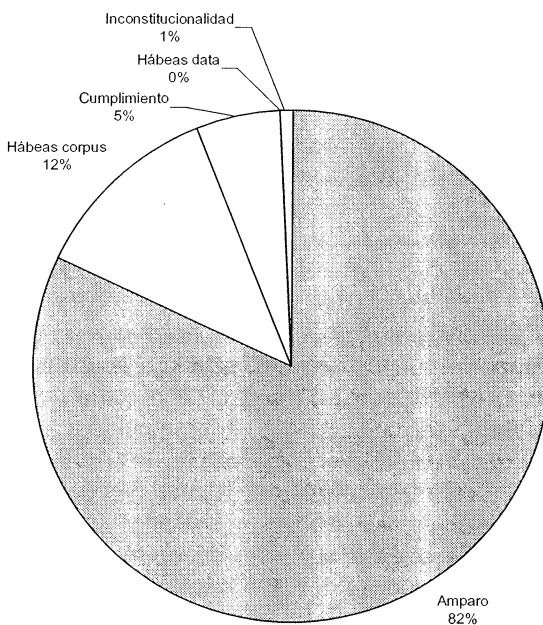


Los expedientes provenientes de provincias representan el 41.5, en su mayoría provenientes de Arequipa, La Libertad, Lambayeque e Ica. Es posible que ello se deba al hecho de que en estas localidades existe una mayor población, así como profesionales dedicados a la defensa de los derechos constitucionales y universidades con cátedras que incluyen cursos de Derecho Procesal Constitucional.¹³ En las demás localidades, en cambio, no es que no existan violaciones o amenazas de los derechos constitucionales: ocurre más bien que los pobladores no tienen conocimiento de la existencia de medios de defensa y que prácticamente no existen profesionales preparados para asesorar en el planteamiento de las demandas.

3.5 Distribución porcentual del ingreso de expedientes por tipo de acción

El total de acciones de amparo heredadas e ingresadas luego de la instalación del TC hasta el 31 de diciembre de 1999 constituyó el 81.82% del

Grafico N°. 3
Distribución porcentual de los expedientes ingresados al Tribunal Constitucional
Al 31 de diciembre de 1999



¹³ Este comentario no contradice la observación realizada por el Dr. Domingo García Belaunde "El hombre de derecho en general (jueces, abogados, notarios, estudiantes, etc.), incursionan con facilidad en el tema constitucional. Es interesante advertir que en nuestro medio –no tanto a nivel profesional, sino a nivel académico- existe un respeto por las áreas. Así, si bien en principio cualquier abogado (...) al momento de abordar tales temas en dimensiones mayores (políticas académicas, etc.) tiene un cuidado especial, pues advierte que existen especialistas en diversas

ingreso de expedientes de acción de garantías. Las razones resultan obvias al especialista: es una acción destinada a proteger una gran variedad de derechos fundamentales. Cuando analicemos cada una de las diferentes acciones detallaremos cuáles son los derechos que más se invocan. En este acápite les mostramos la distribución porcentual de los expedientes ingresados.

4. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES DE ACCIÓN DE GARANTÍA

Apenas instalado, el TC tuvo que enfrentar la enorme herencia de expedientes acumulados. La preocupación por solucionar estas causas pendientes se expresó a través de una resolución dictada en pleno administrativo el 17 de agosto de 1996 —a sólo dos meses de instalado el TC— que aprobó medidas para resolver los expedientes en trámite.¹⁴ Como se verá a continuación, la resolución expresa la frustración respecto a la demora en la

Cuadro N° 6

Expedientes de acción de garantía resueltos por el Tribunal Constitucional
Período: Desde su instalación hasta el 31 de diciembre de 1999

Tipo de Acción/ Período	Resueltos de los ingresados antes de la instalación del TC	Resueltos de los ingresados a partir de la instalación del TC	Total
Amparo	1,051	2,351	3,402
Hábeas Corpus	152	461	613
Cumplimiento	9	162	171
Hábeas Data	1	6	7
Inconstitucionalidad	0	21	21
Total	1,213	3,001	4,214

Fuente: OTDA/TC

Elaboración: propia

respuesta del Poder Ejecutivo para dotar de los recursos solicitados por el Pleno del TC para cumplir con su misión. La resolución que comentamos considera lo siguiente:

“VISTA la enorme acumulación de expedientes producida en los últimos cuatro años, así como el intenso ritmo del ingreso de nuevos expedientes, y la falta de los indispensables recursos económicos, humanos y materiales de que se adolece habida cuenta que aún no se aprueba la ampliación del presupuesto solicitada —y que, por ello mismo, no se cuenta con un local debidamente acondicionado. RESUELVE: 1.- Hacer de conocimiento público

áreas cuyas opiniones es conveniente tener presente (...) Pero, como repetimos, lo que se observa en las diversas ramas del derecho no sucede en el Derecho Constitucional, en donde no se toman precauciones, sino que de frente nos lanzamos a emitir opinión. En “Como estudia Derecho Constitucional” Domingo García Belaunde, 3ra edición UNMSM, Grygley, junio 2000.

¹⁴ Resolución Administrativa N° 003-96-TC en *El Peruano* publicada el 17 de agosto de 1996.

que, en atención a lo expuesto, los plazos establecidos en la ley para la resolución de los expedientes, lamentablemente no podrán ser rigurosamente cumplidos; 2.- Establecer un cuadro de prioridades en función de la urgencia de los casos, a cuyo efecto se recomienda que los interesados hagan conocer, por escrito, la que revisten sus respectivos recursos; 3.- Continuar, en sesión permanente, con el objeto de resolver las causas con la mayor brevedad posible; y, 4.- Hacer un llamado al Ministerio de Economía y Finanzas a fin de que se provea, de inmediato, a este Tribunal de los recursos indispensables para su funcionamiento.”

Frente a este llamado el ejecutivo dictó el Decreto de Urgencia 61-96 que se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 10 de setiembre de 1996 y autorizó el programa de retiros voluntarios, normas sobre contratación de personal y transferencias de partidas presupuestales al TC.

Así comenzó la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Se fijaron las fechas para la realización de audiencias públicas, prerequisite obligatorio para cumplir con el principio de publicidad, por el cual deben transitar las acciones de garantía en esta instancia para ser resueltas. La segunda tarea fue privilegiar los hábeas corpus. De esta manera, se vieron en audiencias públicas durante el mes de agosto de 1996: 54 hábeas corpus, 5 acciones de amparo y 1 acción de inconstitucionalidad.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha resuelto expedientes de garantía mediante autos y sentencias. Los autos son los siguientes: 1. Devuélvase en aplicación de la sexta disposición transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional;¹⁵ 2. Devuélvase por abandono de la instancia; 3. Nulo el consesorio, no corresponde al TC; 4. Rechazo *in limine*; 5. Nula la resolución. En total, el Tribunal Constitucional ha resuelto desde su instalación al 31 de diciembre de 1999, 953 acciones de garantía mediante autos y 3,261 mediante sentencia.

4.1 Resolución de expedientes desde la instalación del TC hasta la destitución de los tres magistrados

Lo que distingue a este periodo es la dedicación de los magistrados y del Pleno a la resolución de una gran cantidad de acciones de inconstitucionalidad, cumpliendo rigurosamente los plazos establecidos en su Ley Orgánica. Esta dedicación trajo como consecuencia la desatención de las acciones de garantía y, en consecuencia, un embalse de expedientes que se sumó a los expedientes heredados por el TC.

La información reunida en el cuadro N° 7 resume lo que sucedió en el periodo analizado: a la herencia de 1,231 expedientes, se sumaron los nuevos

¹⁵ La sexta disposición transitoria dispone que “Las resoluciones favorables a la parte demandante recaídas en los procesos de amparo en que el Estado es parte, y que estuviesen pendientes de casación por el Tribunal de Garantías Constitucionales, se consideran firmes y ejecutables. Para tal efecto se remiten a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, para que disponga su

expedientes, totalizando 2,465 al 29 de mayo (fecha en que ocurrió la destitución de los magistrados Revoredo Marsano, Rey Terry y Aguirre Roca). De estos expedientes se resolvieron 446. De esta manera, la cantidad de expedientes pendientes aumentó a 2,019. Como se ve, ingresaban más expedientes que los que se resolvían. No hay que olvidar, sin embargo, que en este periodo se resolvieron 20 acciones de inconstitucionalidad.

Cuadro N° 7
Comparación entre periodos: Ingresos y resueltos

	Desde la Instalación hasta la destitución ss	Luego de la destitución hasta el 31 de dic. De 1999
Total de ingresos (*)	2,465	3,295
Total de resueltos	446	3,768
Diferencia (embalse)	2,019	-473

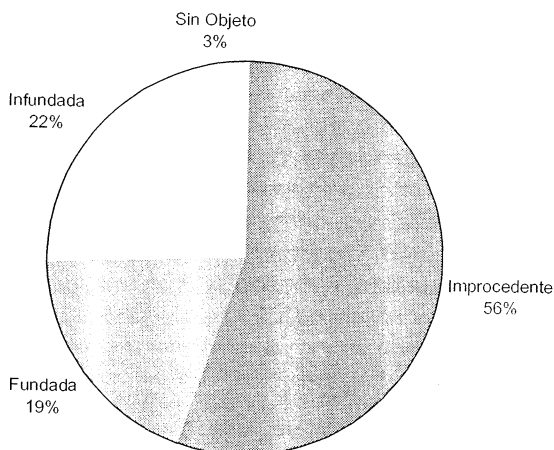
(*) se incluyen 1231 expedientes heredados

Fuente OTDA/TC

Elaboración: propia

Haciendo una comparación en el terreno estrictamente cuantitativo, si se aísla el periodo comprendido entre la destitución de los magistrados y el 31 de diciembre de 1999 (incluyendo la herencia y restando los del periodo anterior) se tiene 3,295 expedientes ingresados y 3,768 resueltos. Así, se redujo en 473 la cantidad de expedientes pendientes, es decir, se resolvieron más expedientes que los que ingresaron.

Relación porcentual de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional
Periodo: desde su instalación hasta el 31 de diciembre de 1999



4.2 Los fallos

El TC resuelve las demandas de acciones de garantía pronunciándose sobre el fondo o la forma y fallando: fundada, infundada, improcedente y sin objeto (otras; nulo el concesorio, rechazo *in limine*).

Para efectuar dicho análisis nos circunscribiremos al universo de las sentencias dictadas por este colegiado desde su instalación hasta el 31 de diciembre de 1999. Éstas hacen un total de 3,261 incluyendo las demandas fundadas o fundadas en parte, infundadas, improcedentes o sin objeto.

Durante toda la existencia del TC, no ha habido variación en la distribución porcentual de los fallos emitidos por él, pues independientemente de eventos endógenos o exógenos siempre se ha mantenido la misma proporción. La distribución porcentual de los fallos se muestra en el gráfico N° 4. Es de resaltar el 19% de demandas fundadas y, en especial, el alto porcentaje de demandas declaradas improcedentes (56%). Sobre este particular, la sorpresa es mayor cuando se observa que el 70% de las demandas declaradas improcedentes se fundamentan en que ha caducado el ejercicio de la acción de garantía¹⁶ o no se han agotado las vías previas.¹⁷ Otro fundamento de peso es que la vía idónea no es la constitucional.

5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Para analizar el ingreso de las acciones de inconstitucionalidad primero es necesario conocer quienes están facultados para interponerlas ante el TC. El artículo 25 de la Ley Orgánica estipula lo siguiente:

“Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones;

Si la norma cuestionada es una norma regional de carácter general u ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos

ejecución con arreglo a ley.”

¹⁶ Plazo de caducidad: artículo 37° de la Ley 23506 “El ejercicio de la acción de Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.”

¹⁷ Artículo 27° de la Ley n° 23506. “Sólo procede la acción de amparo cuando se hayan agotado las vías previas.”

del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado.

6. Los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.

7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.”¹⁸

En segundo lugar se debe señalar contra qué normas se puede presentar una demanda de inconstitucionalidad. Al respecto, el Artículo 20 de la Ley Orgánica dice lo siguiente:

“Mediante el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad regulado en este Título, el Tribunal garantiza la primacía de la Constitución; y declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo, las siguientes normas que sean impugnadas:

1. Las leyes;
2. Los decretos legislativos;
3. Los decretos de urgencia;
4. Los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los Artículos 56 y 57 de la Constitución;
5. Los reglamentos del Congreso;
6. Las normas regionales de carácter general; y
7. Las ordenanzas municipales.

En tercer lugar se debe precisar cuál es el plazo establecido por ley para presentar una demanda de inconstitucionalidad. En el artículo 26 se indica que:

“La Acción de Inconstitucionalidad de una norma se interpone dentro del plazo de seis meses contados a partir de su publicación. Vencido el plazo indicado, prescribe la acción, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 51 y por el segundo párrafo del Artículo 138 de la Constitución.”¹⁹

Hechas estas precisiones veremos cómo se materializó la facultad de realizar el control concentrado de la constitucionalidad que se le otorgó al TC y cómo los actores políticos y sociales respondieron a ésta desde la óptica cuantitativa.

Es evidente que el ingreso de las acciones de inconstitucionalidad se vio afectado por la destitución de los magistrados del TC. Por esto, el presente capítulo lo subdividimos en: 1) Las acciones de inconstitucionalidad desde la instalación del TC hasta la destitución de tres de sus magistrados y 2) Acciones presentadas luego de la destitución.

¹⁸ Artículo 203º de la Constitución Política y artículo 25º de la Ley 26435

¹⁹ El plazo original para interponer la acción de inconstitucionalidad de una norma que se estableció mediante la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional era de seis años contados a partir de su publicación. El cual fue modificado mediante la Ley 26618, publicada el 08-06-96 en el Diario Oficial “El Peruano”.

5.1 Acciones de inconstitucionalidad desde la instalación del TC hasta la destitución de los magistrados

El periodo analizado comprende desde el 24 de junio de 1996 hasta el 27 de mayo de 1997. Durante este periodo ingresó un total de 28 demandas de acciones de inconstitucionalidad, es decir, un promedio de cuatro expedientes al mes. La resolución de dichas causas demandó un esfuerzo enorme, y el proceso de admisibilidad, vista y sentencia de las acciones ocupó la mayor parte del tiempo de los magistrados y sus asesores. Sólo en los primeros seis meses (desde la instalación del TC hasta el 31 de diciembre de 1996) se presentaron 24 demandas de inconstitucionalidad.

Durante el periodo sujeto a análisis, presentaron demandas tanto congresistas de la minoría como ciudadanos, el Defensor del Pueblo, los colegios profesionales y la Municipalidad del Callao. Dichas demandas se interpusieron con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de normas con injerencia en diversas esferas de los derechos fundamentales.

En cuanto a las acciones incoadas por congresistas es preciso hacer el siguiente comentario. En el Congreso, la alianza de gobierno durante el periodo 1995–2000 tuvo una gran mayoría y el debate y la interlocución con los grupos minoritarios no fue una práctica usual. Debido a ello, los debates de las normas de mayor trascendencia y con posibilidades de ser cuestionadas se trasladaron al Tribunal Constitucional. Así se explica que, durante este periodo, los congresistas presentaron 11 demandas por acciones de inconstitucionalidad.

Las normas respecto de las cuales los congresistas de la minoría plantearon demandas de inconstitucionalidad comprendieron los siguientes ámbitos y temas específicos:

- a) Esfera política–constitucional: reducción de la mayoría para declarar fundada la acción de inconstitucionalidad, referéndum, reelección, comisión ejecutiva del Ministerio Público.
- b) Esfera económico-social: normas sobre el régimen previsional a cargo del Estado (pensiones), comisión de tarifas de hidrocarburos, inembargabilidad de bienes del Estado.
- c) Esfera social: interpretación de la Ley de Amnistía al personal militar, intervención de las universidades San Marcos y Emilio Valdizán.
- d) Esfera individual–social: demanda contra la Ley sobre Política Nacional de Población.

Con relación a las tres demandas presentadas por la Defensoría del Pueblo, se observa que todas fueron declaradas sin objeto debido a que las normas sometidas al control constitucional se derogaron antes de que el TC sentenciara, por lo que se produjo en todas la sustracción de la materia.

Los ciudadanos presentaron sus demandas conjuntamente con congresistas contra una norma que causó gran impacto en la sociedad: la

Acciones de Inconstitucionalidad ingresadas desde la instalación del TC hasta la destitución de los magistrados.
Período: junio 1996 - mayo 1997

Número de acción	Norma impugnada	Demandante	Ingreso	Fecha de vista	Estado actual	Publicada	Fallo
001-96-I/TC	Dispos. Trans. y Complementaria y Fin. Ley 26623 Crean el Consejo de Coordinación Judicial	Junta Nacional de Decanos	12.07.96	16.08.96	SENTENCIA	06.11.96	Fundada en parte.
002-96-I/TC	Contra la Ley 26657 Interpretan artículo 112 de la Constitución referido a la reelección Presidencial.	Colegio de Abogados de Lima	29.08.96	06.11.96	SENTENCIA	17.01.97(7 Mag.) 18.01.97 (4 Mag.)	Infundada
003-96-I/TC	Contra la Ley 26592. Modifica artículos de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.	36 señores congresistas	02.09.96	08.11.96	SENTENCIA	25.12.96	Infundada
004-96-I/TC	Contra la Ley 25637. Deja sin efecto el Artículo 3º del Decreto Legislativo N° 655 así como sus normas complementarias sobre creación de la Comisión de Tarifas de Hidrocarburos.	33 señores congresistas	12.09.96	21.11.96	SENTENCIA	25.01.97	Infundada
005-96-I/TC	Contra Art. 4 de la Ley 27435 Sistema de votación para dfa declaratoria de inconstitucionalidad.	36 señores congresistas	20.09.96	27.11.96	SENTENCIA	22.12.96	Infundada
006-96-I/TC	Ley 26599 modifica art. 648 del Código Procesal Civil. 'Inembargabilidad de los bienes del Estado'	36 señores congresistas	10.10.96	17.12.96	SENTENCIA	07.03.97	Fundada en parte
007-96-I/TC Acumulado 017-96-I/TC	Arts. 7,8,9 y 10 y Disposición Transitoria Única del D.L. 25967 y 2 de la Ley 26323. Que modifica el goce de jubilación de Pensiones del IPSS y sobre func. de ONP.	Ciudadanos	22.10.96	10.03.97	SENTENCIA	26.04.97	Fundada en parte
008-96-TC Acumulados: 009-96/TC 010-96/TC 015-96-I/TC 016-96-I/TC	Contra el D.Leg. No. 817 Ley de Regimen Previsional a cargo del Estado.	Congresistas y Ciudadanos		10.03.97	SENTENCIA	26.04.97	Fundada en parte
011-96-I/TC Acumulado: 023-96-I/TC	Contra D.Leg. 887 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.	Congresistas y Consejo Nacional del Colegio Médico del Perú		11.03.97			
012-96-I/TC	Arts. 2, 6 y 10 de la Ley 26457 y Arts. 1,2 y 3 de la Ley 26614. Se amplía el proceso de Reorganización de Universidades Estatales y se prorroga el plazo de del mismo.	32 señores congresistas	02.12.96	11.03.97	SENTENCIA	01.05.97	Infundada
013-96-I/TC	Arts. 1 y 6 de la Ley 26479 y contra Ley 26492. (Conceden Amnistía General a Personal Militar-Policial y Civil - Precisan interpretación del alcance de amnistía.	35 señores congresistas	06.12.96	13.03.97	SENTENCIA	09.05.97	Improcedente
014-96-I/TC	Contra la Ley 26530 (Ley de Política Nacional de Población).	30 señores congresistas	06.12.96	13.03.97	SENTENCIA	31.05.97	Improcedente
018-96-I/TC	Contra art. 337 del C.C. promulgado mediante D.L. 295. Artículo 337.- La injuria grave será apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.	Defensor del Pueblo	19.12.96	14.03.97	SENTENCIA	13.05.97	Fundada en parte
019-96-I/TC	Contra art. 184 del D.L. 767. Artículo 184.- Para ser nombrado Juez de Menores, se requiere, además de los requisitos señalados en el artículo 183o., ser casado o viudo y tener o haber tenido hijos.	Defensor del Pueblo	19.12.96	14.03.97	SENTENCIA	23.04.97	Improcedente por Sust. de materia

020-96-I/TC	Contra 2do. párrafo del art. 317 del CPP Modificado por D.L. 22633. Formulada la denuncia, y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Si esta prohibición fuere transgredida, el inculpado a que se refiere el párrafo anterior, será considerado como reiterante; y el ofendido, incurrirá en la comisión de delito contra el honor. En este caso, el Juez procederá a la acumulación.	Defensor del Pueblo	19.12.96	14.03.97	SENTENCIA	03.05.97	Improcedente por Sust. de materia
021-96-I/TC	Contra D.L. 25662. Los miembros de la Policía Nacional del Perú que incurran en la comisión de delitos comunes, serán sancionados con el doble del tiempo máximo de la pena fijada en el Código Penal o Leyes Especiales.	Defensor del Pueblo	19.12.96	14.03.97	SENTENCIA	23.05.97	Improcedente por Sust. de materia
022-96-I/TC	Arts. 1 y 2 y Primera disposición final de la Ley 26597 y contra el art. 1ro. de Ley 26599. Expropiación y pago de bonos de la deuda agraria.	Colegio de Ingenieros del Perú	20.12.96	13.03.97			
024-96-I/TC	Contra Art.80 del D.L. 776, sobre el 2% de las rentas de aduanas y su distribución. Y contra el D.L. 868. Modifican artículos del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería.	Municipalidad Provincial del Callao	26.12.96	13.03.97			
001-97-I/TC	Ley 26738 modifica Ley 26623. Establecen atribuciones del Consejo Ejecutivo del Ministerio Público	30 señores congresistas	14.01.97	24.03.97			
2-97-I/TC	D.Leg 853. Dictan disposiciones referidas a la aplicación de la alícuota de contribución a Fondo Nacional de Vivienda.	Colegio de Abogados de Lima	15.01.97	24.03.97		PUB	Se declaró nulo auto de 31.03.97 pub. 2.4.97
003-97-I/TC	D.Leg 850 se crea Comisión Calificadora de Sociedad de Auditoría.	Colegio de Contadores Públicos	26.03.97				
004-97-I/TC	Ley 26741 Ley de Notariado	Colegio de Abogados de Lima	07.04.97				

Fuente: OTDA/TC

Elaboración: propia

modificación del régimen previsional a cargo del Estado y el Instituto de Seguridad Social (IPSS). Como consecuencia se vino una avalancha de demandas: siete en total, es decir, el 25% de todas las demandas presentadas en el periodo analizado.

Los colegios profesionales demandaron en total seis acciones de inconstitucionalidad. Cuatro de ellas fueron presentadas por el Colegio de Abogados. Éstas se interpusieron contra las siguientes medidas: la interpretación auténtica del Artículo 112 de la Constitución sobre la reelección del Presidente de la República que ocasionó un cisma dentro del pleno del TC y derivó en la destitución de tres de sus magistrados; la demanda para que se declare inconstitucional la ley que crea y norma el Consejo de Coordinación Judicial, la cual fue declarada fundada en parte; la demanda contra la ley que modificó la contribución al Fondo Nacional de Vivienda, admitida por error ya que debió ser declarada inadmisibles porque la norma en cuestión ya había sido derogada; y finalmente, la demanda de inconstitucionalidad de la Ley del Notariado que quedó en el tintero. El Colegio de Ingenieros, por su parte, presentó una acción para que se declare inconstitucional la ley que norma el pago de los bonos de la deuda agraria, quedando pendiente su resolución. El Colegio Médico presentó una demanda contra la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, la cual quedó al voto.

Del total de demandas presentadas, siete quedaron pendientes. Cinco de ellas fueron vistas en audiencias públicas, y el Pleno del TC recibió los informes orales de los demandantes y apoderados. Los demandantes y las correspondientes normas contra las cuales fueron interpuestas las acciones de garantía son las siguientes: el Colegio de Ingenieros contra la disposición referente al pago de los bonos de la deuda agraria; los congresistas contra la ley que otorga atribuciones al Consejo Ejecutivo del Ministerio Público; la Municipalidad del Callao frente a la disposición que norma la distribución de las rentas de aduanas y el canon minero; el Colegio de Contadores contra la Ley que creó la Comisión Clasificadora de Sociedades de Auditoría; el Colegio de Abogados contra la Ley del Notariado; y, finalmente, los congresistas y el Colegio Médico contra la Ley de Modernización de la Seguridad Social en el Sector Salud.

5.2 Acciones de inconstitucionalidad presentadas luego de la destitución

Tras la destitución de los tres magistrados siguieron ingresando demandas de inconstitucionalidad al TC. Como era de esperar, sin embargo, el número de demandas presentadas disminuyó. Sobre este punto en particular, la inquietud inicial de los actores involucrados respecto de las normas que pudieran ser cuestionadas y sometidas al control constitucional concentrado fue si se mantendría el plazo establecido en el artículo 26° de la ley orgánica del TC para la interposición de las demandas de inconstitucionalidad. Dicha inquietud

Cuadro N° 9
ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
PENDIENTES
Al 31 de agosto de 2000

Número de acción	Norma impugnada	Estado de la Norma impugnada	Demandante	Ingreso
011-96-I/TC Acumulado: 023-96-I/TC	Contra D.Leg. 887 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.	Derogada por la disposición final de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud - Ley 26790 publicada el 17 de mayo de 1997	Congresistas y Consejo Nacional del Colegio Médico del Perú	
022-96-I/TC	Arts. 1 y 2 y Primera disposición final de la Ley 26597 y contra el art. 1ro. de Ley 26599. Pago de bonos de la deuda agraria e inembargabilidad de los bienes del Estado	Los artículos 1°, 2° de la Ley 26597 se encuentran vigentes. Respecto a la Ley N.° 26599 mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, publicada el 07-03-97 este Colegiado ya se pronunció, declarando FUNDADA en parte la demanda precisando que subsiste la vigencia del Artículo 73 de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene."	Colegio de Ingenieros del Perú	20.12.96
024-96-I/TC	Contra Art.80 del D.Leg. 776, sobre el 2% de las rentas de aduanas y su distribución. Y contra el D.Leg. 868. Modifican artículos del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería	Vigente	Municipalidad Provincial del Callao	26.12.96
1-97-I/TC	Contra la Ley 26738. Modifican Ley mediante la cual se creó el Consejo de Coordinación Judicial y establecen atribuciones de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público	Vigente. Prorrogan su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2000. Ley 27009 publicada el 5 de diciembre de 1998	Congresistas	14.01.97
3-97-I/TC	Contra D.Leg 850. Crean la Comisión Nacional Clasificadora de Sociedades de Auditoría	Vigente.	Colegio de Contadores	26.03.97
4-97-I/TC	Contra Ley 26741. Autorizan al Ministerio de Justicia a convocar concurso público de méritos para notarios públicos	Modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26971, publicada el 08-09-98, que autorizó al Ministerio de Justicia para que en un plazo que no excederá de ocho (8) meses, culmine con el Concurso Público de Méritos de Notarios Públicos a que se refiere esta Ley	Colegio de Abogados de Lima	07.04.97

5-97-I/TC	D.U. 029 Declaran nulas resoluciones que restituyeron a personal de las ex fuerzas policiales y sanidad a las categorías de empleados civiles, oficiales o subalternos de servicios.	Derogado por la Ley N°. 26959 publicada el 27 de marzo de 1998	Defensor del Pueblo	01.10.97
6-97-I/TC	D.U. 030 Restituyen condición laboral de empleados civiles o personal subalterno, a oficiales o personal subalterno de la SPNP que fueron incorporados de acuerdo a la Ley N° 25066.	Derogado por la Ley N.° 26959, publicada el 27 de marzo de 1998	Defensor del Pueblo	01.10.97
7-97-I/TC	D.U. 031 Establecen procedimiento para facilitar el acceso de personal comprendido en disposición complementaria del Decreto Legislativo . N° 817, al Sistema Nacional de Pensiones.	Derogado por la Ley N. 26959 publicada el 27 de marzo de 1998	Defensor del Pueblo	01.10.97
8-97-I/TC	Art. 1 de Ord. 023-96-CDSB-C. Sobre mercados en la vía pública.	Concordada con la Ord. 43-97-CDSB-C que considera como fijos los puestos de los fruteros en el Distrito de San Borja.	Comerciantes	19.12.97
1-98-I/TC	Art. 1,3,4,5,6,7,8,9, inc.4 y 5 art 11 1ra, 5ta, 8va DC, DT y DF de la Ley 23835 mediante la cual se establece que la Oficina de Normalización Previsional "ONP" es la entidad competente para reconocer y declarar pensiones derivadas de derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley N° 20530.	La Ley N.° 26960 de fecha 30. 05. 98 modifica la Primera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N.° 26835	Cesantes y Jubilados de ENAPU y PETROPERU	02.01.98
2-98-I/TC	Contra Ordenanza 117. Regula evaluación y reposición de personal de la Municipalidad de Lima Metropolitana y de las Municipalidades Distritales de Lima.	Vigente.	SITRAMUN LIMA	06.01.98

3-98-I/TC	Contra Ley 26845. Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa	Vigente.	Congresistas	26.01.98
4-98-I/TC	Contra Ley 26922. Ley Marco de Descentralización	Vigente.	Alcalde de Lima	31.07.98
1-99-I/TC	Contra los artículos 3, 4 de la Ley 27044 Ley complementaria a la Ley N° 26969, ley de extinción de deudas de electrificación y sustitución de la contribución al FONAVI por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, y contra los artículos 2, 3, 5, 6, 8 de la Ley 26969, Ley de extinción de deudas de electrificación y de sustitución de la contribución al FONAVI por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad.	Vigentes.	Frente Unitario de los Pueblos del Perú "FUPP"	24.02.99
2-99-I/TC	Ordenanzas de la Municipalidad Provincial de Hunuco N°. 001-99 y 002-99, sobre el ordenamiento del servicio de transporte de pasajeros interprovincial e interurbano y la Ordenanza N°. 006-99 Que aprueba lugar de carga, descarga, acopio y comercialización de productos agropecuarios al por mayor.	Vigentes.	Ciudadanos	03.03.99
3-99-I/TC	Ordenanza de la Municipalidad Provincial de Hunuco N° 5 de 1999 que aprueba la recuperación de bienes de dominio público (pistas, veredas y pasadizos) ocupados por personas dedicadas al comercio informal.	Vigente.	Sindicato de Ambulantes del Mercado y anexo de Huánuco	03.03.99

3-99-I/TC	Ordenanza de la Municipalidad Provincial de Hunuco N° 5 de 1999 que aprueba la recuperación de bienes de dominio público (pistas, veredas y pasadizos) ocupados por personas dedicadas al comercio informal.	Vigente.	Sindicato de Ambulantes del Mercado y anexo de Huánuco	03.03.99
4-99-I/TC	D.U. 067-98. Ley que aprueba la valorización del saldo de la reserva del Sistema Nacional de Pensiones	Vigente.	Colegio de Abogados de Lima	14.07.99
5-99-I/TC	Art. 4 numeral 2 de la Ley 27056. Ley de creación del Seguro Social Salud (ESSALUD)	Vigente.	Colegio de Abogados de Lima	14.07.99
6-99-I/TC	D.U. 011-99	Vigente	Colegio de Abogados de Lima	10.12.99
1-2000-I/TC	Ley 27172 da fuerza de ley al D.S. 017-99-AG que incorpora al dominio del Estado tierras eriazas identificadas dentro del ámbito de influencia del Proyecto Especial de irrigación hidroenergético Olmos	Vigente.	Comunidad Campesina Sto Domingo de Olmos.	16.03.2000
2-2000-I/TC.	D.U. 004-2000. Prorrogan lo dispuesto en el D.U. N° 011-99, sobre otorgamiento de bonificación a favor de personal del sector público	Vigente.	Sindicato de trabajadores petroleros del Perú. Operaciones Oleoducto Peruano	06.07.2000

fue formulada oficialmente por el Defensor del Pueblo, y la respuesta del Tribunal Constitucional fue que el plazo de caducidad establecido por la Ley Orgánica (seis meses a partir de la publicación de la norma) correría a partir de la restitución del quórum necesario para conocer y resolver dichas demandas.

En el cuadro que presentamos a continuación se detallan las acciones de inconstitucionalidad que quedaron pendientes. De ellas, siete ingresaron antes de la destitución de los magistrados y 15 luego de producida la misma.

6. LIMITACIONES EN EL ANÁLISIS POR TIPO DE ACCIÓN (EXCEPTO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD)

Para realizar el análisis respecto de los derechos que con más frecuencia se han invocado ha sido preciso consultar la página web del TC, que incluye 3,969 sentencias. No ha sido posible realizar una investigación partiendo de

los expedientes ingresados pues para hacerlo habría sido necesario rastrearlos en las cortes y los juzgados de todo el país, o en la Corte Suprema donde quedan finalmente archivados.

Afortunadamente, en un futuro cercano será más fácil realizar esta tarea ya que se encuentra en trabajo la inclusión de un campo en la base de datos computarizada de ingreso y control de expedientes que registrará los derechos invocados en las demandas de acciones de garantía.

Hechas las precisiones, se presenta un análisis por tipo de acción que incluye lo siguiente: 1. Los derechos invocados con mayor frecuencia; 2. Los demandados más frecuentemente emplazados.

Para facilidad del lector incluimos dos cuadros elaborados por el TC que incluyen información sobre cada tipo de acción de garantía, así como sobre expedientes de Quejas y los Conflictos Constitucionales de Competencia o Atribuciones (que no han sido tratados en este trabajo).

7. LA ACCIÓN DE AMPARO

7.1 Derechos invocados con mayor frecuencia

Las normas relativas a presupuesto, modernización del Estado y sobre las modificaciones de los regímenes pensionarios generales han generado la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL								
CUADRO N.º ÚNICO								
TOTAL DE EXPEDIENTES INGRESADOS Y RESUELTOS								
AL 30 de junio de 2000								
TIPO DE ACCIÓN/TOTALES	Amparo	Hábeas Corpus	Cumplimiento	Hábeas Data	Competencia	Inconstitucionalidad	Quejas	Total
TOTAL INGRESOS (1)	5.651	825	369	15	7	44	638	7.549
TOTALES RESUELTOS	4.174	707	230	10	7	21	612	5.761
POR RESOLVER	1.477	118	139	5	0	23	26	1.788
PORCENTAJE DE RESUELTOS	73,86%	85,70%	62,33%	66,67%	100,00%	47,73%	95,92%	76,31%

NOTAS

1. Los expedientes ingresados consideran a aquellos que quedaron sin resolver antes de la instalación del Tribunal Constitucional el 24 de Junio de 1996 los cuales sumaron 1265 en total que se agregan a los ingresados a partir del 24/06/1996 incrementandose el total de expedientes ingresados (instalación del Tribunal Constitucional).

FUENTE: Oficina de Trámite Documentario del Tribunal Constitucional

ELABORACIÓN: Daniel Figallo

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL								
CUADRO N.º ÚNICO								
TOTAL DE EXPEDIENTES PENDIENTES								
AL 30 de junio de 2000								
TIPO DE ACCIÓN / PERIODO	Amparo	Hábeas Corpus	Cumplimiento	Hábeas Data	Competencia	Inconstitucionalidad	Quejas	Total
ANTES DE LA INSTALACION DEL TC	6	0	0	0	0	0	0	6
A PARTIR DE LA INSTALACION DEL TC	1.471	118	139	5	0	23	26	1.782
TOTAL	1.477	118	139	5	0	23	26	1.788
RELACION PORCENTUAL DE LOS EXPEDIENTES PENDIENTES	82,61%	6,60%	7,77%	0,28%	0,00%	1,29%	1,45%	100,00%

mayor concentración de demandas de acciones de amparo. Se aprecia así que la vulneración del debido proceso o el procedimiento preestablecido por la ley han sido los derechos más invocados en las demandas de acciones de amparo que llegan al TC. Ejemplos concretos son la aplicación de la Ley 26039 que incorpora la excedencia como causal de cese de trabajadores incorporados a la carrera administrativa pública en el ámbito de ministerios y gobiernos locales; y el no reconocimiento de la calidad de servidor público contratado (contrariamente a lo establecido en el Decreto Ley N° 24041) y su despido arbitrario. También ocupan un lugar preponderante las demandas sobre reconocimiento o nivelación de pensiones, como en el caso de la aplicación de las normas que modifican los regímenes de pensiones de la Ley N° 19990 o del Decreto Ley 20530, en forma retroactiva. El derecho a la libertad de trabajo entendido como empresa tiene su correlato constitucional en las demandas presentadas contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria respecto de la aplicación del impuesto mínimo a la renta o en el ámbito municipal la Ley de Promoción Municipal (a industrias de frontera).

Otros derechos que son invocados constantemente en las demandas de acción de amparo son los de propiedad e igualdad (igualdad ante la ley). Como se aprecia en el cuadro 10, éstas representan 618 y 304 invocaciones, respectivamente.

Cuadro N° 10
Acción de amparo: derechos invocados
Periodo: junio de 1996 - abril de 2000

Derechos invocados(*)	Frecuencia
Derechos pensionarios (19990 y 20530)	526
Debido proceso o procedimiento preestablecido por la ley	746
Derecho de propiedad	618
Derecho a la igualdad	304
Derecho al trabajo	272
Derecho a la libertad de trabajo	517

(*) Nota: la muestra se ha realizado sobre 3,969 sentencias

Fuente: www.tc.gob.pe

Elaboración: propia

7.2 Demandados con mayor frecuencia

Los demandados con mayor frecuencia han sido las municipalidades de todo el país, y aquello que se les imputa normalmente es la violación al debido proceso y a la libertad de trabajo (licencias). Para el caso de los ministerios se combinan derechos pensionarios y la vulneración del procedimiento preestablecido por la ley. Las instituciones públicas, entre ellas la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), recibieron demandas por violación de derechos pensionarios. Finalmente, se demanda a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) por haber violado el derecho a la libertad al trabajo.

Para terminar con lo concerniente a este ítem, es importante anotar que el 73.86% de las acciones de amparo ya han sido resueltas y que, tomando como base el año 1999, ingresan en promedio 85 expedientes al mes y se resuelven en promedio 103.²⁰

Cuadro N° 11
Acción de amparo: demandados
Periodo: junio de 1996 - julio de 2000

Demandados	Frecuencia
Municipalidades	1,098
Ministerios	581
Empresas públicas (Banco de la Nación, Empresa Nacional de Edificaciones)	146
Superintendencia Nacional de Administración Tributaria	229
Oficina de Normalización Previsional e Instituto de Seguridad Social	491

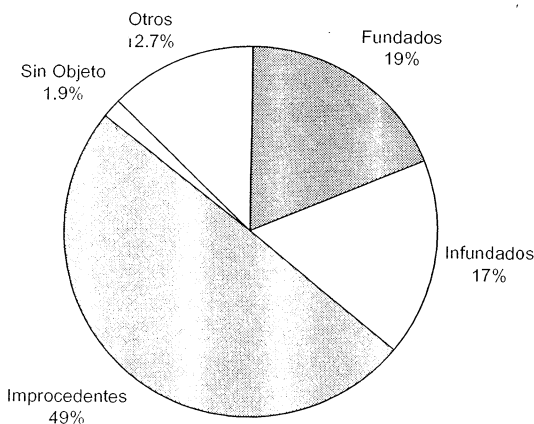
Nota: la muestra se ha realizado sobre 5,000 expedientes de amparo

Fuente: OTDA

Elaboración: propia

El gráfico que se presenta a continuación expresa la relación porcentual de los fallos emitidos por el TC con relación a las acciones de amparo, considerando un universo de 3,562 resoluciones.

GRÁFICO N° 7
Relación Porcentual de los fallos emitidos por el TC
Periodo: Desde su instalación hasta julio de 2000.
ACCION DE AMPARO



²⁰ Los datos han sido tomados de la estadística mensual elaborada por el Tribunal Constitucional y de las publicaciones de las sentencias en el diario oficial *El Peruano*.

8. LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

La acción de hábeas corpus es muy precisa y observamos en el cuadro N° 13 que supera ampliamente como derecho invocado violado el de la libertad individual pues aquí se encuentran las demandas recaídas sobre miembros de la policía nacional y jueces del país.

Cuadro N° 12
Acción de habeas corpus: derechos invocados
Periodo: junio de 1996 - abril de 2000

Derechos invocados(*)	Frecuencia
Libertad individual	345
Derfecho de defensa	69
Detención indebida	5
Debido proceso	78

(*) Nota: la muestra se ha realizado sobr 536 resoluciones

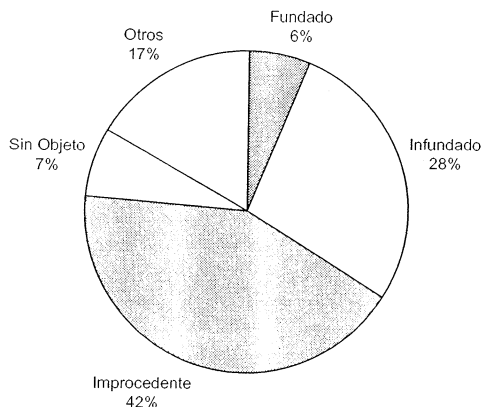
Fuente: www.tc.gob.pe

Elaboración: propia

Los demandados más frecuentes son, como consecuencia de lo anterior, miembros de la Policía Nacional y jueces del Poder Judicial.

El gráfico que se muestra a continuación presenta la distribución porcentual de los fallos emitidos por el TC recaídos sobre acciones de hábeas corpus. Se debe señalar que la participación en la distribución que presenta el fallo "sin objeto" se debe en la mayoría de los casos a que al presentarse la demanda al juez penal correspondiente, se invoca como derecho fundamental vulnerado, la libertad individual, y en el momento en que el TC debe sentenciar, el demandante ya ha sido puesto en libertad, por lo que se configura la sustracción de la materia.

Gráfico N° 6
Relación porcentual de los fallos emitidos por el TC
Periodo: desde su instalación hasta junio de 2000
Habeas Corpus



9. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

La acción de cumplimiento es novísima dentro de nuestro ordenamiento procesal constitucional por lo que poco a poco se ha ido integrando la jurisprudencia al respecto y lo abogados patrocinantes al entenderla están sustentando mejor sus demandas.

Con relación a los emplazados más frecuentes en las demandas de acción de cumplimiento se aprecia en el cuadro N° 13, que al igual que en las acciones de amparo, son las municipalidades las que se encuentran en primer termino.

Cuadro N° 13
Acción de cumplimiento: demandados
Periodo: junio de 1996 - julio de 2000

Demandados	Frecuencia
Municipalidades	137
Empresas públicas (Banco de la Nación, Empresa Nacional de Edificaciones)	59
Oficina de Normalización Previsional e Instituto de Seguridad Social	18

Nota: la muestra se ha realizado sobre 354 expedientes de cumplimiento

Fuente: OTDA

Elaboración: propia

Por otro lado, los fallos emitidos por el TC han sido muchas veces declarados improcedentes por no haberse agotado las vías previas, es importante acotar que la posición del TC fue en un momento requerir no sólo el agotamiento de la vía previa establecida en las normas generales de procedimientos administrativos, así como la establecida en la Ley de Acción de Cumplimiento que establece la necesidad de requerir notarialmente al funcionario o persona renuente a cumplir con una orden. Esta doble exigencia ha sido superada en la actualidad por el TC a través de reiterada jurisprudencia.

La mayor frecuencia respecto de esta acción está vinculada a los derechos pensionarios.

10. LA ACCIÓN DE HABEAS DATA

Sólo han ingresado 15 acciones de hábeas data desde la instalación del TC hasta el 30 de junio de 2000 por lo que resulta posible mostrar un cuadro que contenga información detallada acerca de quiénes son los demandantes y demandados, la fecha de ingreso, su procedencia, fallos y la fecha de publicación de las resoluciones respectivas.

EXPEDIENTES DE HÁBEAS DATA INGRESADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Desde su instalación hasta el 18 de julio de 2000

EXPEDIENTE	DEMANDANTE	DEMANDADO	PUBLICACION FALLO	
0058	1996 MENDOZA RODRIGUEZ, VICTOR OMAR	PRESIDENTE DE LA REGION ICHAYIN	06/08/1997	Fundada
0086	1996 JAVIER DIEZ CANSECO	EFRAIN GOLDBERG		
0400	1996 VIGILIO SALAS REYNOSO	JUEZ PROVISIONAL ESPECIALIZADO CIVIL DEL TERCER JUZGADO DE LIMA, DOCTOR GERMAN AGUIRRE S.	29/09/1998	Improcedente
0666	1996 LUIS TAVARA MARTIN	SEGUNDO CARRASCAL CAMPASCO	03/07/1998	Improcedente
0842	1996 FABIOLA FORTUNATA MORALES GRAZA	CONCEJO DISTRITAL DE INDEPENDENCIA Y ALCALDE DE HUARAZ		
0456	1997 EFRAIN ESPINAL CRUZADO. ACUMULADO CON LOS EXP-491-97-AA/TC Y EXP-1014-97-AA/TC	DATIVA BEATRIZ MONTEAGUDO ANSULO	28/07/1998	Improcedente
0301	1998 ANTENOR DANIEL BAUTISTA ARROYO	ROSARIO GIRALDO URUETA-DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL	14/08/1999	Improcedente
0481	1998 JULIO ERNESTO SALAS GARCIA	JAVIER SOTA NADAL-RECTOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE INGENIERIA	14/08/1999	Improcedente
0562	1998 CONSORCIO TEXTIL DEL PACIFICO S.A	CONSEJO NACIONAL DE CAMELIDOS SUDAMERICANOS		
1048	1998 MARIA CLOTILDE TORRES SOSA	PRESIDENTE DE LA COMISION EVALUADORA Y DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS NATURALES Y MATEMATICAS DE LA UNIVERSIDAD FEDERICO VILLAREAL	17/06/2000	Improcedente
1071	1998 ANDRES CAMINO CARRANZA	ENACE	17/08/1999	Fundada en parte
0413	1999 VALDEMAR POMERO CHUMBE	RAFAEL CASTABEDA CASTABEDA	15/01/2000	Sin objeto
1237	1999 WILDO RODRIGUEZ GUTIERREZ	CONGRESO DE LA REPUBLICA		
0214	2000 WILDO RODRIGUEZ GUTIERREZ	CONGRESO DE LA REPUBLICA Y OTRO		
0315	2000 WILDO TIBURCIO RODRIGUEZ GUTIERREZ	MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES		

Fuente: OTDA
Elaboración propia

11. REFLEXIONES FINALES

Como observara el profesor García Enterría, la responsabilidad de los tribunales constitucionales en el sistema jurídico y político es tan excepcional, que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero²¹. El propósito del presente trabajo por ello, es ofrecer una evaluación cuantitativa de la labor del Tribunal Constitucional peruano, que pueda ser sometida a la crítica constructiva, con el objetivo de caminar hacia la consolidación de una democracia madura. Por lo pronto, sabemos con gratitud que información cuantitativa esta siendo recogida por investigadores de instituciones gubernamentales y no gubernamentales para reconocer el terreno y plantear importantes proyectos, tal como un código procesal constitucional.

²¹ Eduardo García Enterría *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ra Ed. 1985, pág. 154-155.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS



Brage Camazano, Joaquín: *La acción de inconstitucionalidad*. UNAM, México, 1998; 289 pp. Prólogo de Francisco Fernández Segado.

Gracias al Instituto de Investigaciones Jurídicas y a su entonces presidente, el eminente jurista mexicano José Luis Soberanes Fernández, sale la publicación del primer libro orgánico del joven investigador y una promesa hecha ya realidad del pensamiento constitucional español Joaquín BRAGE CAMAZANO, con su obra facturada LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El libro tiene la particular circunstancia de que se trata sobre un tema virtualmente no desarrollado como tal en México, país al cual va dirigida la investigación de BRAGE CAMAZANO, en razón a que, la acción de inconstitucionalidad como tal no existía en la vieja Constitución de Querétaro de 1917, hasta después de su reforma última. Lo especial de este libro es que la investigación y la reflexión sobre esta novísima reforma al sistema constitucional mexicano es vista desde una perspectiva ibérica a la cual pertenece el estudioso de Ferrol, Joaquín BRAGE CAMAZANO; quien ha venido manifestando una imperturbable inquietud académica desde los predios de la Universidad de Santiago de Compostela.

La obra viene precedida por un prólogo de Francisco FERNANDEZ SEGADO, quien conocedor de la persona de BRAGE CAMAZANO, expresa que estamos ante «una de las personas con una más decidida vocación universitaria que en mi ya dilatada experiencia académica he encontrado». Y no es para menos, pues gracias a una estancia en los fondos bibliográficos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Joaquín BRAGE CAMAZANO enfiló sus baterías en pergüñar el estudio de la nueva competencia que hoy tiene la Suprema Corte de México: la acción de inconstitucionalidad; acción que hasta hace algún tiempo y antes de su reforma estaba subsumida en el juicio de Amparo. Hoy, a través de este libro, se puede observar la actual naturaleza de la Suprema Corte de Justicia quien desde la reforma de 1988, un importante sector de la doctrina mexicana sostenía que la Corte Suprema -en tanto funcionaba como intérprete y aplicador de la Constitución- se había transformado en un tribunal constitucional, planteamiento ya esgrimido por FIX ZAMUDIO, pero que, en verdad, esta aseveración recién obtendría institucionalidad con la reforma constitucional iniciada el 31 de diciembre de 1994 por el Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León.

La estructura sistemática del libro es clara y va directo al tema central. Así, en el Capítulo Primero aborda la «Acción de Inconstitucionalidad como nueva competencia de la Suprema Corte: Hacia la Conversión de la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional». En este capítulo lleva a su autor a señalar que la Corte Suprema mexicana, de acuerdo a la reforma establecida en el artículo 105, II, le reconoce la facultad de «declarar la invalidez de las normas impugnadas, invalidez que supone, no la mera aplicación, sino pura y simplemente la desaparición de la norma del mundo jurídico con efecto frente a todos, erga omnes».

En esta perspectiva, la Corte Suprema azteca expresa una «jurisdicción fuera del aparato jurisdiccional ordinario» y que para BRAGE CAMAZANO constituye «el talón de Aquiles» de la Corte Suprema. Esta separación de la Corte Suprema del Poder Judicial, a criterio del autor, debe ser entendida en un doble sentido: a) Como exigencia de que el tribunal no esté formalmente incluido en el Poder Judicial; y b) Como exigencia de que el tribunal en cuestión responda a ciertos criterios materiales.

En el Capítulo II está rubricado como «La Acción de Inconstitucionalidad como instituto procesal para el control abstracto de la constitucionalidad». En este ítem, desarrolla sistemáticamente un primer acápite sobre el control judicial de la Constitucionalidad en general, luego formula un esbozo del sistema mexicano de control judicial de la constitucionalidad; posteriormente y como tercer acápite el origen de la acción de inconstitucionalidad y un análisis global de su expansión en el ámbito comparado, como es el caso de Venezuela, Colombia, el caso de Checoslovaquia y la constitución kelseniana de Austria de 1920.

Sigue al excurso del libro con una precisión conceptual sobre lo que es la acción y el recurso de inconstitucionalidad; el quinto acápite versa sobre el control a través de la acción de inconstitucionalidad como control abstracto más dos tópicos más sobre este capítulo: «La articulación de la acción de inconstitucionalidad y los restantes mecanismos procesales de control de la constitucionalidad y el control de la constitucionalidad en los Estados Federales».

En el Capítulo III se refiere a la legitimación activa y el objeto de la acción de Inconstitucionalidad.

En el Capítulo cuarto se desarrolla «La constitución como parámetro de control».

He aquí una de las tesisuras de la reflexión del autor donde pone en relieve una sólida visión jurídica a través de cuatro temas. El primero en torno al riesgo de sustitución de la Constitución como parámetro objetivo de control por los libres criterios del órgano de la constitucionalidad como parámetro subjetivo. En segundo lugar, aborda la función legitimadora de la argumentación en la justicia constitucional.

El tercero, la plena compatibilidad del método jurídico con el conocimiento de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos. Y, finalmente, como cuarto rubro desarrolla la posición preferencial de los derechos fundamentales en la función de control constitucional.

El quinto y último capítulo está dedicado al proceso de la acción de inconstitucionalidad, donde desarrolla todos los aspectos procedimentales propios de este novísimo proceso constitucional inoculado en la moderna jurisdicción constitucional mexicana.

En líneas generales, constituye un libro con sustento propio, por venir de un joven académico que ha tenido la valentía de manejar con soltura y dominio el arsenal bibliográfico de la producción académica mexicana con idoneidad.

El libro, revela una doble visión, pues por un lado se trata de un singular proceso constitucional del Estado contemporáneo de México; y por otro lado, que en el contenido de la obra existe una sutil combinación con el pensamiento constitucional europeo, lo que da como resultado un libro altamente provechoso, no sólo para quienes se interesen por la jurisdicción constitucional mexicana; sino para aprovechar el contenido académico que entraña en sí mismo el libro.

Gerardo Eto Cruz



Carre De Malberg, R. *Teoría General del Estado*, segunda edición en español, traducción de José León Depetre. Prefacio de Héctor Gros Espiell. UNAM y Fonde de Cultura Económica. México 1998; 1327 pp.

1. La Facultad de Derecho de la UNAM y el Fondo de Cultura Económica han reeditado la Teoría general del Estado de R. Carré de Malberg, cincuenta años después de la primera edición en español realizada por la mencionada casa editorial, obra que este preclaro profesor francés publicó originalmente en dos tomos en 1920 y 1922.

Los profesores de Teoría del Estado, de Derecho Constitucional y de Ciencia Política de América Latina y de España habrán de estar contentos de esta reedición, porque ellos insistentemente la habían solicitado en virtud de que consideran que esta obra está vigente y es útil; muchos de ellos la recomiendan a sus alumnos y era difícil de encontrar y de consultar directamente. Además, se enriquece esta reedición con el prefacio del catedrático y diplomático uruguayo Héctor Gros Espiell.

Carré de Malberg escribió ésta, su obra fundamental y más importante, durante los años de la primera guerra mundial. Era alsaciano y después del conflicto bélico regresó a Estrasburgo, la ciudad de filigrana en piedra y en madera, a enseñar y a finalizar el libro en cuestión y, como se ha escrito, «elevando así en su querida tierra de Alsacia un monumento imperecedero a la gloria del pensamiento francés», ya que como el mismo expresó, su Teoría general del Estado se estructura primordialmente en los datos y la información que proporciona el derecho constitucional francés; en forma especial en la Constitución de la tercera república de 1875 y en la literatura que derivó de ella.

Sin embargo, nuestro autor conocía muy bien la doctrina alemana y la utilizó profundamente como pocos franceses lo habían hecho. Con frecuencia se refiere, entre otros, a Gierke, Jellinek, Redslob, Laband, Mayer, Menzel, Kelsen y Rehm.

El mérito de esta obra consiste en haber construido los elementos indispensables para la comprensión jurídica del Estado, sin haber descuidado los de carácter político, económico y sociológico que acontecen en el propio Estado. Así, Carré de Malberg escribió que: «no se puede definir jurídicamente al Estado ni reconocer y determinar su naturaleza y su consistencia efectivas, sino después de haber conocido, teniéndolas en cuenta, sus instituciones de derecho público y de derecho constitucional. Tal es también el método que se seguirá en esta obra para separar los elementos de la teoría jurídica general del Estado».

Este libro es uno de las más citadas en la doctrina francesa producida durante las IV y V repúblicas, porque una parte de su pensamiento está vigente. Así mismo, éste es bien conocido por los tratadistas latinoamericanos que con provecho lo han estudiado.

2. La Teoría general del Estado de Carré de Malberg es una obra clásica en el sentido de que muchos de sus temas son actuales, muchas de sus páginas nos hacen reflexionar sobre los problemas políticos y constitucionales de nuestros días, muchas de sus ideas aún son atractivas. Su lector de hoy, como el de las décadas anteriores, se beneficiará de la profundidad y la perspicacia del autor para tratar los temas y los problemas, muchos de los cuales como en «Los Espectros» de Ibsen regresan para inquietarnos y para que, dentro de las realidades y las teorías actuales, les encontremos una solución que esté de acuerdo con la libertad y la dignidad de las naciones y de los hombres.

También, como bien dice Héctor -Gros Espiell, «puesto que el pensamiento actual es fruto de una evolución y no puede comprenderse sin conocer sus orígenes y el proceso de cambio de las ideas y las realidades que han llevado a la situación de hoy, hay que concluir que siempre es necesaria la relectura de las obras clásicas que han jalonado el decurso del pensar humano».

«a esto debe agregarse otra razón que impone una necesaria lectura de tales obras. Una obra clásica se muestra, siendo siempre igual a sí misma, diferente según la época o el momento histórico en que se la lee». Al catedrático de Derecho Internacional y Constitucional de la Universidad de Montevideo le asiste la razón.

3. En octubre de 1919, Carré de Malberg escribió el prólogo de esta obra. Me impresionan muchos de sus párrafos porque pareciera que los redactó hace siete, cinco, dos o el año pasado: en los «nuevos tiempos» la labor del Estado -afirma- es más de orden económico que político lo cual puede traer como consecuencia la disminución, en ciertos aspectos, del poder de dominación del propio Estado; empero, por ningún motivo se puede extirpar de la ciencia del derecho público la noción de potestad estatal «tal y como le ha sido legada por el pasado».

El Estado posee una potestad, basada en el derecho positivo, de imponer la voluntad general hasta a los miembros oponentes para formar una unidad que ninguno de ellos puede impedir que se integre ni la puede romper, por el solo hecho de su oposición pero, a su vez, no se puede desconocer que es necesario que las personas colaboren con el Estado como en la formación de los órganos de gobierno.

La colaboración es un medio; el fin es la potestad del Estado.

Al referirse a esta potestad del Estado escribió dos párrafos estremecedores respecto a su país vecino y a los teóricos de dicha potestad:

«En cuanto a la Herrschjaft misma, el error de la doctrina alemana no es haber presentado esta potestad como el criterio jurídico del Estado o como su atributo prácticamente indispensable, sino que reside, en realidad, en el abuso que han hecho los alemanes de su teoría de la potestad, es decir, en el hecho de haber concebido y forjado la Herrschjaft como instrumento de conquista, destinado a procurar al pueblo alemán el medio de dominar y avasallar a los extranjeros».

«Pero sobre todo, lo que ha hecho odioso el concepto alemán de la Herrschaft es la ausencia de todo escrúpulo que han demostrado sus propagandistas, en tanto que, sistemáticamente -rücksichtslos, es el caso decirlo- han silenciado la existencia de las reglas de orden moral que dominan con su superioridad más alta a toda potestad estatal, por absoluta que jurídicamente sea esta última y por necesaria que sea políticamente»:

4. En la actualidad bajo el pretexto de la «globalización» y de las pregonadas maravillas de dejar juego libre a las fuerzas del mercado, se quiere disminuir, achicar o casi anular al Estado y colocar la idea de la soberanía en el museo de la historia; hay que leer y releer a Carré de Malberg y su defensa del Estado y de la soberanía y que no es posible hacer abstracción de las reglas morales.

Hoy, como ayer, el Estado soberano que tiende a satisfacer las necesidades políticas -libertad, justicia, seguridad y dignidad- y las económicas -un nivel digno de vida- es una imperiosa necesidad.

Ciertamente, en la actualidad, en el mundo, el Estado ha venido siendo sustituido por las fuerzas del mercado, por el gran capital internacional, por las grandes empresas transnacionales y por las organizaciones del crimen organizado. En muchas ocasiones, la especulación de la moneda nacional, por unas cuantas personas u organizaciones, ha hincado a los Estados con consecuencias desastrosas para el nivel de vida de las clases sociales económicamente menos favorecidas y los Estados se encuentran casi sin armas para enfrentar estos problemas. Ello no es admisible ni debería ser posible. ¿Dónde se encuentran las ganancias acumuladas de cientos y cientos de billones de dólares del narcotráfico, tráfico de armas y prostitución?: En muchos de los capitales internaciones, que después, al especular, golpean y debilitan a los Estados.

Este contexto que llamamos «globalización» que indudablemente tiene elementos positivos -implica, entre otros aspectos, una claudicación de la facultad legislativa y regulatoria de los Estados, cuyo resultado es una concentración aún mayor de la riqueza mundial. Atónitos e incrédulos hemos escuchado que las trescientas familiar más ricas del universo tienen ingresos equivalente a los dos mil quinientos millones de seres humanos.

La catástrofe es tal que hace unos días, -octubre de 1998- funcionarios del BancoMundial declararon que los simples indicadores macroeconómicos no son suficientes para determinar la situación de un país, sino que hay que examinar los diversos aspectos de la justicia social. ¡Claro que sí! pero lo vienen a admitir cuando miles de millones de personas se están muriendo de hambre.

Ante el pronóstico de una recesión y crisis económicas mundiales, se piensa que ha llegado el momento de discutir y modificar el orden económico mundial, el cual ya no funciona, con el objeto de subsistir el modelo de Bretton Woods.

¿Y quienes se van a sentar a discutir ese nuevo orden económico y financiero internacional? Los representantes de los Estados soberanos porque si no, las decisiones las tomarían cinco, seis o siete países y los demás Estados serían invitados de palo.

¿Verdad que, como he afirmado y cómo lo hacen muchos profesores, esta obra de Carré de Malberg es un clásico, y en dicha afirmación no se está exagerando? Muchos de los problemas que este autor analiza en su libro son actuales, son de nuestros días, son de los que nos abruman, y únicamente encontrarán el principio de las soluciones en el consorcio internacional y a través del Derecho Internacional, construido y sostenido por Estados soberanos. ¡Qué actual es el pensamiento de Carré de Malger! Cómo nos ayuda a meditar sobre los medios y las formas para superar muchos de los problemas políticos actuales sin descuidar los económicos.

Y en esta «aldea» mundial no es posible que un Estado tome la decisión d regular unilateralmente estos aspectos -como el flujo de capitales- porque lo harían polvo. Indispensable son los acuerdos internaciones. De nuevas cuenta Carré de Malberg nos advierte: el Estado no puede olvidarse de los principios morales. Desde luego que no- Hoy en día, muchos de ellos están contenidos en declaraciones universales para proteger la dignidad humana y asegurar la justicia social o lo que es lo mismo. un nivel de vida digno: ¿y quién es el garante de que se hagan efectivos estos derechos?: primordialmente el Estado soberano al cual sí le interesa el bienestar de su sociedad y no a los especuladores internacionales cuya finalidad es el lucro y el poder sin importar si éstos se obtienen sobre la miseria de esas sociedades.

5. Algunas de las páginas más profundas de esta obra se encuentran en su análisis de la noción de soberanía. Enuncio algunas de sus ideas al respecto: a) el aspecto externo de la soberanía radica en que un Estado está excluido de toda subordinación o dependencia respecto a los estados extranjeros; b) la soberanía externa es la expresión, en el consorcio internacional, de la soberanía interna del Estado; c) la soberanía es la más alta potestad que existe en un Estado, es una summa potestas; d) el Estado soberano se determina exclusiva e indefinidamente por sí mismo; e) de todos los caracteres inherentes a la potestad del Estado francés, el más importantes es la soberanía ; f) los franceses al hablar de soberanía implican todos los poderes que forman el contenido de la potestad pública, los cuales tienen como sujeto a la nación, por lo mismo, al referirse a la «soberanía nacional» se desea decir que la potestad «que reside en la nación es de la clase más alta que se pueda concebir, que no es súbdita de ninguna otra potestad y que domina por el contrario a todas las potestades que se ejercen en el seno de la comunidad nacional»; g) sin la existencia de la soberanía se llegaría a la anarquía.

Hoy, como después de la primera guerra mundial, y a partir del siglo XVI, la noción de soberanía sigue siendo la característica más importantes del Estado. Al Derecho Internacional concurren Estados soberanos, los cuales son iguales entre sí y cuando ello no ocurre así, se deteriora la esencia misma del propio Derecho Internacional.

En una palabra, hoy la soberanía continúa siendo la mejor defensa de los pueblos pequeños y débiles frente a los grandes y poderosos.

La idea de la soberanía -como pensaba Hermann Heller -subsistirá mientras no exista -si es que algún día llega a existir- un estado mundial que sea la instancia suprema de decisión y en el cual las partes sean iguales y gocen de similares derechos y obligaciones; si no, la soberanía de cada Estado es y continuará siendo *Legibus soluta potestas*.

6. Este libro de Carré de Malberg está lleno de análisis y de tesis muy interesantes que merecen repasarse, aunque no se compartan en su totalidad tales como: su examen de la tesis de Duguit sobre el Estado, su crítica a la teoría de la división de poderes de Montesquieu, su teoría sobre las funciones del Estado, su concepción de la función jurisdiccional, la concepción francesa de aquel entonces del control jurisdiccional de las leyes, sus ideas sobre la ley, la «judicialización» de los asuntos, las garantías de la libertad pública, el gobierno representativo, el sistema parlamentario y la democracia.

Este es un libro que merece leerse. Es un clásico no únicamente del derecho constitucional francés, sino del universal. Plantea problemas sobre el Estado aún no resueltos y en ciertos casos pareciera que está analizando algunos de los grandes y graves problemas jurídicos y políticos de nuestros días. Aquí se encuentra parte de su interés actual. Por ello, sin ninguna exageración, constituye, como tanto y tantos han afirmado una obra clásica.

Jorge Carpizo



Giuseppe De Vergotini, *Le Transizioni Costituzionali*, Universale Paperbacks, Il Mulino, Bolonia 1998, 231 páginas.

A la infatigable labor de *Giuseppe de Vergottini*, Profesor Ordinario de la Universidad de Bolonia, debemos esta nueva publicación que el autor dedica a un tema novedoso y actual: las transiciones constitucionales. Tomando en préstamo este término de la moderna ciencia política (con lo cual se significa el paso de un régimen autoritario a uno democrático), intenta analizar cómo en los últimos años, y más en concreto, a partir de 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, se han dado una serie de hechos que constituyen una transición de uno o varios modelos hacia otros, los que por ahora parecen concretarse en el modelo de constitucionalismo liberal, que aparentemente ha triunfado sobre sus antiguos rivales, en especial, los modelos autoritarios y socialistas. Como se sabe, el Profesor *De Vergottini* ha dedicado varios de sus esfuerzos a temas de derecho comparado, o mejor, de derecho extranjero. Ha escrito largamente sobre aspectos político-constitucionales de Inglaterra (*el Gabinete en la Sombra*), sobre el retorno a la democracia en Portugal y en España, y ha dirigido además varios colectivos sobre los más variados aspectos de nuestra disciplina. Ha publicado una obra que podemos calificar de magistral, dedicada al *Derecho Constitucional Comparado*, cuya primera edición es de 1987 y que alcanza ya la quinta, pues la última acaba de ser publicada hace pocos meses, totalmente renovada y actualizada. De esta obra existe publicada una traducción muy cuidada a cargo de *Pablo Lucas Verdú*, otro maestro infatigable de nuestra disciplina, edición que pese a estar largamente agotada, no ha merecido una reedición por parte de sus editores, la prestigiosa Espasa-Calpe.

Finalmente, y como no podía faltar, *De Vergottini* nos ha entregado un manual que publicado en 1997, lleva el título ya clásico de todos los manuales italianos: *Diritto Costituzionale*, que se suma así a la larga lista que sobre el constitucionalismo italiano han dedicado sus más ilustres cultores.

Lo importante en *De Vergottini* es que se trata de una figura relevante dentro del constitucionalismo europeo, que ha abandonado la perspectiva eurocéntrica, tan frecuente entre sus colegas, y se ha dedicado a otear otros horizontes, como se demuestra en sus obras, en las que se puede encontrar abundante material comparado y amplias referencias a situaciones, valores y bibliografía latinoamericanas, que tan bien conoce. A este conocimiento intelectual, agrega su autor un conocimiento y trato directo con distintos constitucionalistas latinoamericanos, así como su participación en diversos certámenes en varias capitales de estos países.

La obra que comentamos está dividida en cinco grandes capítulos; el primero dedicado a trazar las líneas de tendencia del constitucionalismo después de 1945; el segundo, al modelo del constitucionalismo de derivación liberal - como él prefiere llamarlo-; el tercero, al modelo de constitucionalismo socialista, el cuarto al constitucionalismo y descolonización, y el quinto y último, al éxito o victoria del constitucionalismo liberal.

La obra *De Vergottini* viene motivada por diversas inquietudes: el fin del milenio, los cambios sucedidos después de la Segunda Guerra Mundial en adelante, y sobre todo la caída del Muro de Berlín en 1989 y el desplome, después, de la URSS en 1991.

Todo esto ha traído la bancarrota de viejas concepciones, de viejos modelos de diverso signo, en especial, de los socialismos en toda su gama en las antiguas «democracias populares» del Este. Todo lo cual ha dejado prácticamente sola y sin competencia a la democracia política de inspiración liberal.

Sin embargo, siendo este es el panorama, la realidad es muy otra, ya que si bien no queda más alternativa que el modelo constitucional liberal, se han creado bajo estas formas, lo que el autor se anima a calificar como democracias constitucionales «de fachada», término que hace mucho utilizó *S. Finner*. Y tras ellas, se esconden viejas formas conservadoras, o autoritarias, o socialistas disimuladas. Por tanto, si bien hay un triunfo del constitucionalismo liberal en perspectiva y desde el punto de vista formal, desde el punto de vista de la realidad, esto todavía no se ha consolidado, y dista mucho de tener plena vigencia.

A través de sus páginas, el autor reseña todos los pasos del desarrollo de la crisis del constitucionalismo después de 1945, que es la época en que debe tomarse como referencia para explicar lo que pasa en nuestros días, y no deja de apuntar los retrocesos y encubrimientos que existen. Y todo esto expuesto de manera ordenada, elegantemente desarrollada y con abundante bibliografía de referencia al final de cada capítulo.

Domingo García Belaúnde

México es uno de los países con mayor producción bibliográfica en materia jurídica del Continente. Probablemente su labor editorial sólo pueda compararse con la que existe en Argentina, y en menor nivel, Colombia en los últimos años.

Por cierto, buena parte de la bibliografía jurídica allí editada, se debe al vigoroso impulso que le ha sabido brindar la Universidad Nacional Autónoma de México y su bien prestigiado Instituto de Investigaciones Jurídicas. Se trata de una bibliografía que abarca las más diversas disciplinas jurídicas, y a través de la cual se ha difundido el pensamiento no sólo de los más importantes juristas de ese país, sino de las tres Américas y Europa.

No obstante ello, y el papel relevante que siempre se le ha dispensado al Derecho Constitucional en la cultura jurídica mexicana, llamaba la atención que no existiese una publicación periódica y especializada a estos afanes. Probablemente, como señala Diego Valadés en el estudio introductorio de *Cuestiones Constitucionales*, ello se haya debido también a la inestabilidad de la Constitución de 1917, que en estos 83 años de vigencia ha sufrido un poco más de 400 reformas.

Hoy las cosas en México parece que están a punto de cambiar. Tras más de 7 décadas de gobierno por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), se asiste en la actualidad a un proceso de transición democrática, que no parece volver atrás.

Casi coincidiendo con esta nueva etapa de la historia política mexicana, bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y con la dirección del joven jurista mexicano Edgar Corzo Sosa, acaba de aparecer el primer número de *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, compuesta de cuatro secciones: artículos, comentarios jurisprudenciales, comentarios legislativos y reseñas bibliográficas.

Este primer número se inicia con un valioso estudio introductorio de Diego Valadés, a la sazón Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sobre "Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo".

La primera sección, artículos, es encabezada por el trabajo del jurista brasileño Jose Afonso Da Silva sobre las "Mutaciones constitucionales", al que sigue el ensayo de Manuel Aragón sobre "El modelo territorial del Estado en España y sus problemas actuales". Jorge Carpizo dedica un sustancioso ensayo titulado "México: ¿sistema presidencial o parlamentario?".

Imer Flores, por su parte, escribe un valioso trabajo sobre "El liberalismo igualitario en John Rawls". El Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, destaca "Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)". A continuación, el profesor de la Universidad de Génova, Ricardo Guastini, desarrolla "Sobre el concepto de Constitución". Frank Moderne, por su parte, analiza sobre el tema "Propos sur le droit d'asile", y culmina la sección Pedro

de Vega Blázquez abordando el tópico de “La configuración constitucional del tribunal de cuentas en España”.

En la sección comentarios jurisprudenciales, el director de la Revista mexicana de derecho constitucional, Edgar Corzo Sosa analiza “La primera sentencia en acción de inconstitucionalidad 1/95”. Juan José Ríos aborda “La tesis jurisprudencial 43/1999”.

En la sección comentarios legislativos, Jorge Madrazo describe “Las reformas constitucionales en materia penal” y Víctor Martínez Bullé, “La reforma del artículo 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”; y culmina el primer número, con análisis críticos de diversos textos.

Edgar Carpio Marcos

Domingo García Belaunde, *Como estudiar Derecho Constitucional*, (Edición al cuidado y Notas introductorias de José F. Palomino Manchego). 3ra. edición revisada y corregida. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Editora Jurídica GRIJLEY, Lima 2000, 56 pp.

Gracias a la diligencia de José Palomino Manchego, la comunidad jurídica puede ver nuevamente publicado el excelente y ya clásico trabajo de nuestro distinguido constitucionalista Domingo García Belaunde, intitulado, *Como Estudiar Derecho Constitucional (Una década más tarde)*.

Como bien se señala en la notas introductorias, es éste no sólo uno de sus textos más festejados sino también consultado, debido a su contenido, obvio de primera intención, pero necesario tras una breve y sensata meditación. ¿A quien más que a su ilustre autor, se le habría podido ocurrir escribir un ensayo orientado a servir de puente entre la inquietud intelectual y la aguda especialidad?

Nosotros creemos, que la respuesta, tiene su punto de partida en la personalidad, sin duda especial, de Domingo García Belaunde. Cuando tuvimos oportunidad de conocerlo y tratarlo directamente (durante los años de nuestra vida universitaria y tras gestión personal de nuestro maestro Alfredo Quispe Correa), transcurría justamente 1985, año en el cual daría a luz el trabajo aquí comentado. Una primera y decisiva impresión que por entonces tuvimos del profesor de la Universidad Católica, fue la de su absoluto desprendimiento intelectual, esto es, una aptitud para transmitir conocimientos y fuentes de conocimientos sin ningún tipo de limitación ni autocensura. Cosa que por cierto, un poco que sorprendía, no porque no existieran otros maestros en nuestra querida San Marcos que derrocharan sobriedad y conocimientos, sino porque no era frecuente, salvo excepciones, un contacto tan fluido, si por fluidez entendemos precisamente el talante de nuestro autor aquí comentado. La gran mayoría practicaban algo así como un feudalismo intelectual, les gustaba por supuesto conversar mucho con sus alumnos y ser objeto de comentarios de variado nivel, pero no, que recordemos, ser los guías metodológicos al extremo de proporcionar justamente las herramientas de formación y en su caso, las de perfeccionamiento. Siempre había algo que los autolimitaba y ese algo no dejaba otro camino que el de recorrer las áreas del Derecho por cuenta, costo y riesgo propios. Distinto fue el caso de Domingo García Belaunde, por lo que no nos sorprendió entonces y no nos sorprende hasta ahora, que sus intenciones intelectuales hayan podido traducirse de mejor manera que en la presencia de un Opúsculo tan aleccionador como el aquí descrito. Es sin duda, la palabra del profesor que quiere, por vocación innata, enseñar y además orientar enseñando.

Una segunda explicación del porqué nuestro autor ha podido dedicarse al desarrollo de estas líneas, estriba en el contenido mismo que poseen o en el mensaje que postulan. Con su acostumbrada y fina ironía, nos grafica, la realidad

que aqueja en sociedades como la nuestra, donde se piensa que cultivar Derecho Constitucional, requiere de una simple dosis de entusiasmo y buena voluntad. Como lo constitucional tiene mucho que ver con el mundo político, con el contexto que se observa a simple vista, cualquiera tiene derecho a opinar y al hacerlo, como no, se convierte por ventura en consumado especialista. Así y aunque parezca sorpresa hay "constitucionalistas" para todos los gustos: Congresistas que piensan que su "versación" es dogma que no admite discusión alguna; cronistas políticos que no solo pontifican sobre temas técnicos sino que con el mayor de los desparpajos se atreven a descalificar o minimizar a quienes, por el contrario, si son especialistas; abogados que alucinan a la Constitución como un simple código cuyo acceso se obtiene gracias a la buena memoria y la retórica forense. En fin, no son estas las únicas especies existentes, pero si algunas de las más frecuentes, lo que no hace sino confirmar lo que nuestro autor llamaría, la regla del "constitucionalista por generación espontánea" tan repetitiva como tradicional en nuestro medio.

Un tercer aspecto de motivación aunque a la postre también de desencanto, tiene que ver con todos aquellos factores que de modo directo o indirecto desdibujan la idea de lo que se supone debería ser un verdadero especialista. Ante una historia plagada de gobiernos de facto antes que de consolidados gobiernos constitucionales, un sistema educativo indiferente a la promoción de un auténtico sentimiento constitucional, una orfandad de bibliografía especializada, o en fin, una carestía de recursos y opciones profesionales para el campo estrictamente constitucional, la respuesta lógica termina siendo la del facilismo antes que la rigurosa preparación técnica.

A partir de tal realidad, es obvio que por lo menos para el lego han terminado por encumbrarse ciertos modos de percepción o asimilación que no son precisamente los más óptimos. García Belaunde anota algunos: El creer que para saber derecho constitucional, basta con saber lo que contiene la Constitución; el de ignorar los conceptos o categorías fundamentales que como disciplina jurídica posee el derecho constitucional; el de asimilar de modo acrítico enfoques doctrinarios no precisamente adecuados, etc. Se impone, según nuestro autor y si se quiere un correctivo, la información introductoria. Para obtenerla, nada mejor que los manuales de formación, instrumentos cuya utilidad puede medirse en función de cuatro variables a) la unidad, b) el enfoque preponderantemente jurídico, c) la actualidad y d) el panorama comparativo. Aquel texto que combine tales matices será derrepente no el más perfecto, pero si el de mayor utilidad. Por consiguiente quien así proceda tendrá excelente perspectiva y por supuesto propiedad para hablar sobre la materia.

En distinta medida y para el caso de quienes opten por una especialización seria o más profunda, el camino habrá de extenderse hacia el estudio y meditación serena de los grandes libros en materia constitucional. Para hacerlo, no empero, deberá tenerse como obligada pauta de referencia, la consulta de los autores clásicos o representativos del constitucionalismo. Su atenta lectura es sin duda indispensable y por supuesto fructífera en la comprensión o

entendimiento de los esfuerzos teóricos posteriores, por mas detallados que estos sean. Se nos enuncia bajo tal óptica una diversidad de textos, que no por su cantidad, sino fundamentalmente, por su contenido, pueden servir como necesario o aconsejable derrotero a seguir.

La mesa esta servida. Solo hay que acercarse diría García Belaunde. Lo fascinante de ello es que tras una buena cantidad de años ha podido ratificar la utilidad de su texto y el casi religioso seguimiento que del mismo se ha hecho. Y aún cuando algunos de los problemas que describía allá por 1985 han sido superados, otros tantos han aparecido, por lo que el reto sigue siendo el mismo: Simplemente estudiar Derecho Constitucional. Que mejor ejemplo, que el que nos ofrece su propio apéndice bibliográfico, tan nutrido como demostrativo, de lo que significa ser autentico constitucionalista.

Luis R. Sáenz Dávalos

